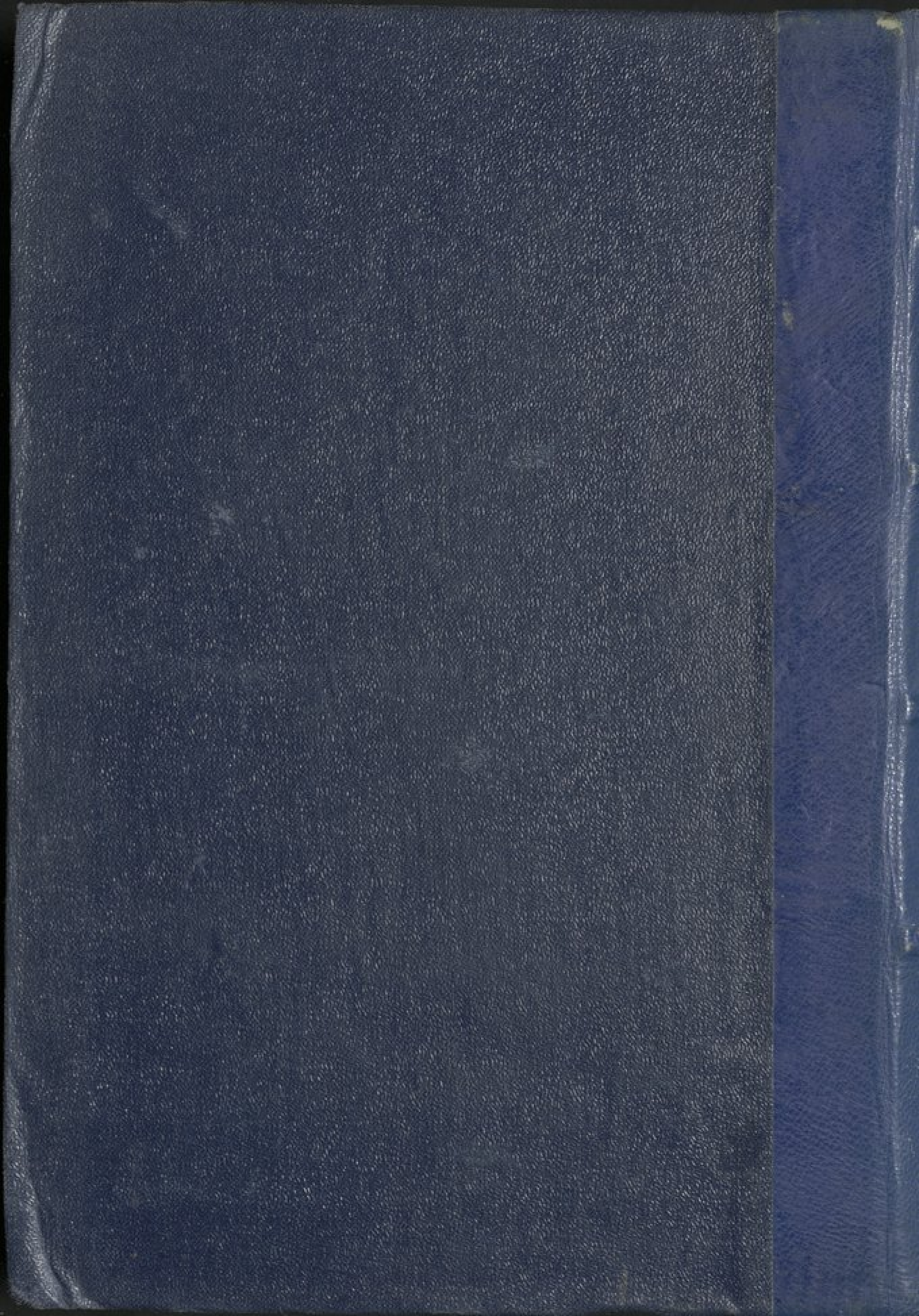
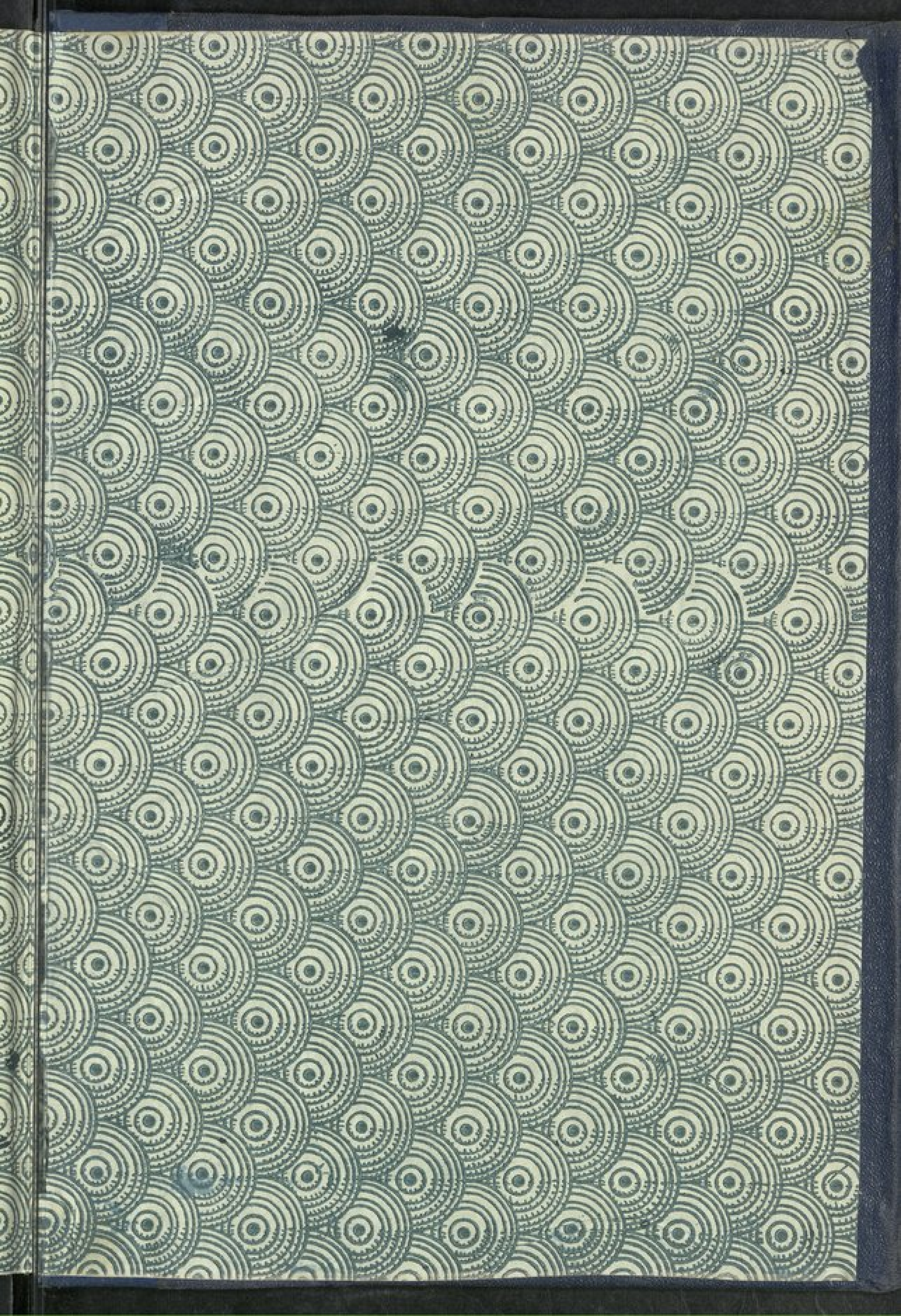
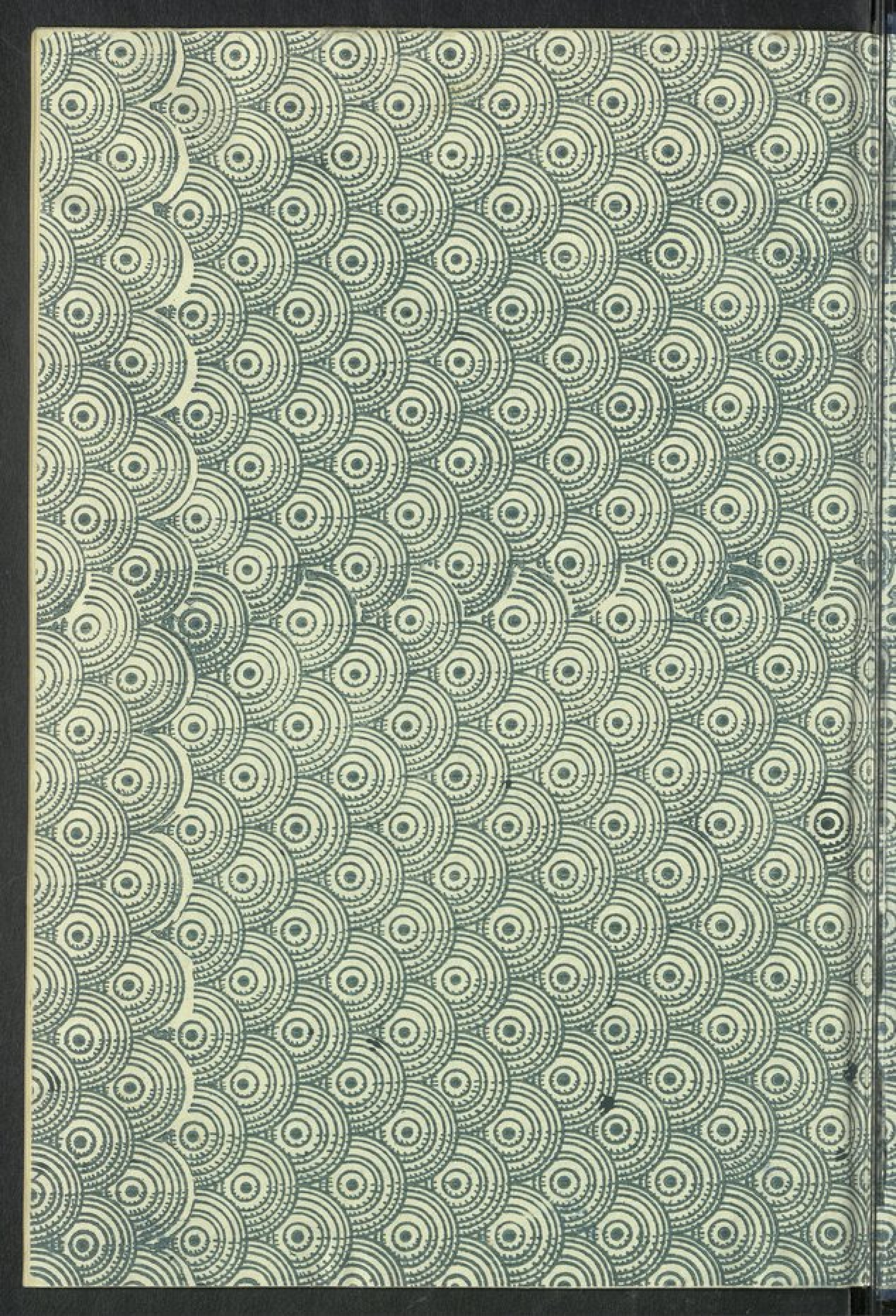
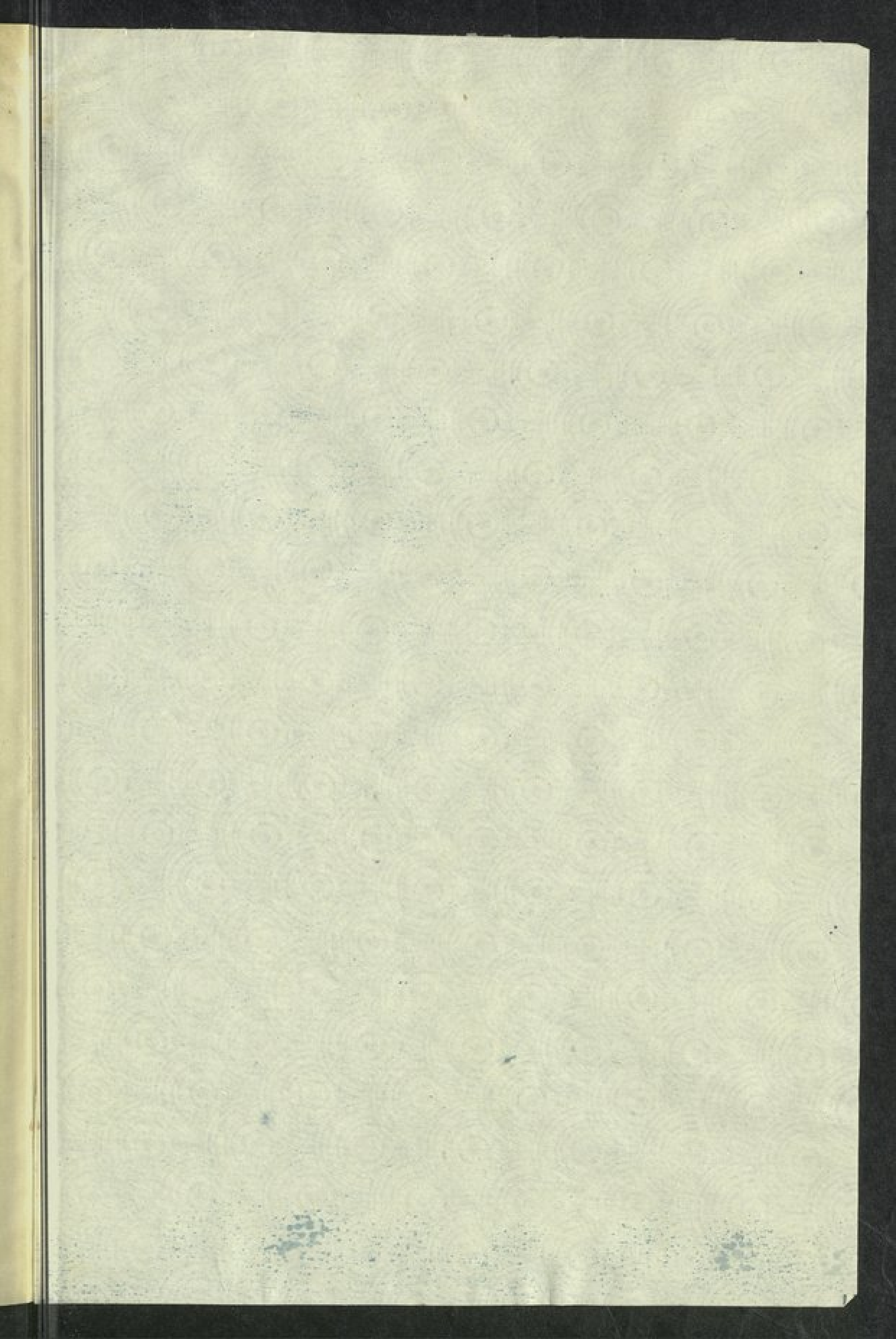








349.297
M55aA
V.7-8

فهرس

الجزء السابع من كتاب الإنصاف

١٨٣ كتاب الوصايا

٢٣٥ إن وصى لفرس حبيس ينفق عليه
٢٣٦ إن أوصى فى أبواب البر
٢٣٧ إن أوصى أن يحج عنه بألف
٢٣٩ إن قال : يحج عنى حجة بألف : دفع الكل إلى من يحج عنه
٢٤٠ إن عينه فى الوصية بالحج فأبى الحج وقال : اصرفوا لى الفضل : لم يعطه وبطلت الوصية
٢٤١ فوائد . منها : لو قال : يحج عنى زيد بألف
« ومنها : لا يصح أن يحج وصى بإخراجها
« ومنها : لا يحج وارث
« ومنها : لو أوصى أن يحج عنه بالنفقة
« ومنها : لو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة فى عام واحد
٢٤٢ إن وصى لأهل سكه ، فهو لأهل دربه
٢٤٣ إن وصى لجيرانه : تناول أربعين داراً من كل جانب
٢٤٤ إن وصى لأقرب قرابته
« الأخ من الأب ، والأخ من الأم : سواء . والأخ الشقيق أحق
٢٤٥ لا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار
٢٤٦ لا لكتب التوراة ، والإنجيل ، ولا لملك ، ولا لميت
« ولا لبهيمة

٢٤٦ إن وصى لحى وميت يعلم موته فالكل للحى
٢٤٧ فإن لم يعلم ، فللحى نصف الموصى به
« فوائد . إحداها : لو وصى له ولجبريل أو له وللحائط بثلث ماله
« الثانية : لو وصى له وللرسول صلى الله عليه وسلم بثلث ماله
٢٤٨ الثالثة : لو وصى له ولله
« الرابعة : لو وصى لزيد وللفقراء بثلثه
« إن وصى لوارثه وأجنبى بثلث ماله فرد الورثة
« إن وصى لهما بثلثى ماله
٢٤٩ فوائد . إحداها : لو ردوا نصيب الوارث
« الثانية : لو أجازوا للوارث وحده
« الثالثة : لو ردوا وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبى
« إن وصى بماله لابنيه وأجنبى فردا
٢٥٠ إن وصى لزيد وللفقراء والمساكين بثلثه
« فوائد . الأولى : لو وصى له ولإخوته بثلث ماله
« الثانية : لو وصى بدفن كتب العلم : لم تدفن
« الثالثة : لو وصى بإحراق ثلث ماله
٢٥١ الرابعة : لو وصى بجعل ثلثه فى التراب

٢٥٢ باب الموصى به

« تصح الوصية بالمعدوم ، وبما فيه نفع مباح غير المال

٢٥٣ إن كان له مال ، فجميع ذلك للموصى له ، وإن قل

« فوائد . إحداها : الكلب المباح النفع : كلب الصيد ، والماشية ، والزرع

٢٥٤ الثانية : تقسم الكلاب المباحة بين الورثة والموصى له ، والموصى لهما

« الثالثة : لو أوصى له بكلب ، وله كلاب

٢٥٥ تصح الوصية بالمجهول

« ويعطى ما يقع عليه الاسم

٢٥٦ « الدابة » اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير

« إن وصى له بغير معين

٢٥٧ فإن لم يكن له عبيد

٢٥٨ إن كان له عبيد فماتوا إلا واحداً

« إن قتلوا كلهم . فله قيمة أحدهم على قاتله

٢٥٩ إن وصى له بقوس ، فله قوس النشاب

« فوائد . إحداها : يعطى قوساً معمولة بغير وتر

٢٦٠ الثانية : قوس النشاب : هو الفارسي

٢٦٠ الثالثة : لو كان له أقواس من جنس

« إن وصى له بكلب ، أو طبل ، وله منها مباح ومحرم

« تنفذ الوصية فيما علم من ماله وما لم يعلم

« إن وصى بثلثه ، فاستحدث مالا

٢٦١ هل تدخل الدية فى الوصية ؟

٢٦٢ إن وصى بمعين بقدر نصف الدية

« تصح الوصية بالمنفعة المفردة كالأمة

٢٦٣ وللورثة عتقها

« ولهم ولاية تزويجها وأخذ مهرها

٢٦٤ إن وطئت بشبهة ، فالولد حر الخ

« إن قتلت فلهم قيمتها

٢٦٥ ليس لواحد منهما وطؤها

« إن ولدت من زوج ، أو زنا

٢٦٦ فى نفقتها ثلاثة أوجه

« أحدها : أنه فى كسبها . فإن عدم ففى بيت المال

« الوجه الثانى : أنها على مالكها

٢٦٧ « الثالث : أنه على الموصى

« وفى اعتبارها من الثلث : وجهان

« أحدهما : يعتبر جميعها من الثلث

« الوجه الثانى : تقوم بمنفعتها ، ثم تقوم مسلوبة المنفعة

٢٦٨ وإن وصى لرجل بمكاتبه

٢٦٩ إن وصى له بمال الكتابة ، أو بنجم منها

٢٦٩ إن وصى برقبته لرجل ، وبما عليه لآخر

« من أوصى له بشيء بعينه

٢٧٠ إن تلف المال كله غيره بعد موت الموصى

« إن لم يأخذه زماناً : قوم وقت الموت

« إن لم يكن له شيء سوى المعين

٢٧١ إن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه

« إن وصى له بثلث ثلاثة أعبد . فاستحق اثنان أو ماتا

٢٧٢ إن وصى له بعبد لا يملك غيره ، ولآخر بثلث ماله . وملكه غير العبد مائتان الخ

٢٧٣ وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث . فردوا

« إن وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث على المائة الخ

٢٧٥ باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

« إذا وصى بمثل نصيب وارث معين

« إن وصى له بنصيب ابنه

٢٧٦ إن وصى له بضعف نصيب ابنه ، أو بضعفيه

« إن وصى بمثل نصيب وارث لوكان

« لو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب خامس

٢٧٨ إن أوصى له بسهم من ماله . ففيه ثلاث روايات

« إحداهن : له السدس بمنزلة سدس مفروض

٢٧٩ والرواية الثانية : له سهم مما تصح منه المسألة

« والرواية الثالثة : له مثل نصيب أقل الورثة مالم يزد على السدس

٢٨٠ إن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه

٢٨١ فإن أجيز لصاحب المال وحده . فلصاحب النصف التسع ، والباقى لصاحب المال

« ليس له إلا ثلثا المال التى كانت له فى حال الإجازة

« إن أجازوا لصاحب النصف وحده فله النصف على الوجه الأول

« إذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمثل نصيب ابن

٢٨٢ وإن كان الجزء الموصى به النصف : خرج فيها وجه ثالث الخ

« إن خلف أماً وبنتاً وأختاً الخ

٢٨٥ باب الموصى إليه

« تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل وإن كان عبداً

٢٨٦ أو مراهقاً

٢٨٧ لا تصح إلى غيرهم

٣١٤ متى كان بعض بنى الأعمام زوجاً ، أو أخا من أم

٣١٥ فإذا استغرقت الفروض المال

« لو كان مكانهم أخوات لأبوين ، أو لأب : عالت إلى عشرة

٣١٦ باب أصول المسائل

« إذا اجتمع مع النصف سدس ، أو ثلث ، أو ثلثان

« وتعول إلى عشرة

٣١٧ إذا اجتمع مع الربع أحد الثلاثة

« إذا اجتمع مع الثمن سدس ، أو ثلثان

« إذا لم تستوعب الفروض المال ، ولم تكن عصبة

٣٢٠ باب تصحيح المسائل

« إن تباينت : ضربت بعضها فى بعض

« إن كانت موافقة ، كأربعة ،وستة ، وعشرة

٣٢١ باب المناسخات

« هى أن يموت بعض الورثة قبل قسم تركته

٣٢٢ باب قسم التركات

٣٢٣ باب ذوى الأرحام

٣٢٣ كل جدة أدلت بأب بين أمين ، أو بأب أعلى من الجد

٣٢٣ العمات والعم من الأم كالأب

٣٢٤ إذا أدلى جماعة بواحد ، واستوت منازلهم منه . فنصيبه بينهم بالسوية

٣٢٥ إن كان بعضهم أقرب من بعض . فمن سبق إلى الوارث : ورث ، وأسقط غيره

« الجهات أربع : الأبوة ، والأمومة، والبنوة . والأخوة

٣٢٧ من متّ بقرابتين

« إن اتفق معهم أحد الزوجين

٣٢٩ باب ميراث الحمل

« تقف له نصيب ذكرين ، إن كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت نصيب اثنين

٣٣٠ إذا استهل المولود صارخاً : ورث وورث . وفى معنـــاه العطاس والتنفس والارتضاع

٣٣١ مايدل على الحياة

« الحركة والاختلاج : فلا يدل على الحياة .

« إن ظهر بعضه فاستهل ، ثم انفصل ميتاً .

٣٣٢ إن ولدت توأمين .فاستهل أحدهما ، وأشكل أقرع بينهما .

٣٣٥ باب ميراث المفقود

« إذا انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة .

٣٦١ يعتبر إقرار الزوج والمولى المعتق
« سواء كان المقربة يحجب المقر أولا يحجبه
٣٦٢ إن أقر بعضهم لم يثبت نسبه
٣٦٣ إلا أن يشهد منهم عدلان
« إذا خلف أخاً من أب ، وأخاً من أم . فأقر بأخ من أبوين
٣٦٤ فلو خلف ابنين ، فأقر أحدهما بأخوين .
« إن خلف ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل .
٣٦٥ إن أقر بأحدهما بعد الآخر : أعطى الأول نصف مافي يده
« إن أقر بعض الورثة بامرأة للميت
٣٦٦ إذا قال رجل : مات أبي وأنت أخي . فقال : هو أبي ولست بأخي
« إن قال ماتت زوجتي، وأنت أخوها. فقال : لست بزوجها .
٣٦٦ يبقى سبعة لايدعيها أحد .

٣٦٨ باب ميراث القاتل

« كل قتل مضمون بقصاص أو دية ، أو كفارة ، صغيراً كان القاتل أو كبيراً .
٣٦٩ القتل قصاصاً أو حداً ، أو دفعاً عن نفسه ، وقتل الباغي العادل ، والعادل الباغي .

٣٧٠ باب ميراث المعتق بعضه

« لايرث العبد الا عند عدم وارث
٣٧٠ ما كسب المعتق بعضه بجزئه الحر فلورثته .
« يرث ويحجب بقدر مافيه من الحرية
٣٧٢ إذا كان عصبتان ، نصف كل واحد منهما حر ، كالأخوين

٣٧٥ باب الولاء

« كل من أعتق عبداً ، أو عتق عليه برحم أو كتابة فله ولاؤه
٣٧٦ من كان أحد أبويه حر الأصل ، ولم يمسه رق فلا ولاء عليه
٣٧٧ من أعتق سائبة ، أو في زكاته ، أو نذره ، أو كفارته ، أو قال : لا ولاء لي عليك
٣٧٨ مارجع من ميراثه رد في مثله .
٣٧٩ من أعتق عبده عن ميت أو حي بلا أمره .
٣٨١ إن أعتقه عنه بأمره ، فالولاء للمعتق عنه .
٣٨٢ إذا قال : أعتقه والثمن علي ، أوقال أعتقه عنك وعلي ثمنه
٣٨٣ إن قال الكافر لرجل : أعتق عبدك المسلم عني ، وعلي ثمنه
« من أعتق عبداً يباينه في دينه
٣٨٤ لاترث النساء من الولاء إلاماأعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن ، أو كاتب من كاتبن
٣٨٦ ولا يرث منه ذو فرض ، الا الأب والجد ، يرثان السدس

٤٠٨ السادسة : لو وطىء جاريته المباحة التى لايوطأ مثلها
« مال العبد المعتق لسيده
« إن أعتق جزءاً من عبده ، معيناً أو مشاعاً
٤٠٩ إن أعتق شركا له فى عبد
« عليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه
« إن كان معسراً : لم يعتق إلا نصيبه ويبقى حق شريكه فيه
٤١٠ إذا كان العبد لثلاثة : لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ، وللثالث سدسه
« إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم
٤١١ إذا ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه منه
٤١٢ إن اشترى أحدهما نصيب صاحبه
« إذا قال أحد الشريكين : إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر
« إذا قال إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبى حر مع نصيبك
٤١٣ يصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ، ومجىء الأمطار
٤١٤ له بيعه ، وهبته ، ووقفه
« إن عاد إليه : عادت الصفة إلا أن تكون قد وجدت منه فى حال زوال ملكه
٤١٥ تبطل الصفة بموته
٤١٧ إن قال : إن ملكت فلاناً ، فهو حر ، الخ

٤١٨ إن قاله العبد : لم يصح
٤١٩ إن قال : آخر مملوك أشتريه فهو حر
٤٢٠ إن قال لأمته : آخر ولد تلدينه فهو حر
« إن ولدت توأمين ، فأشكل الآخر منهما
٤٢١ هل يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه فى العتق ؟
٤٢٢ إذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف ، أو على ألف
٤٢٣ إن قال : أنت حر على أن تخدمنى سنة .
٤٢٤ فوائد . الأولى : لو استثنى نفعه مدة معلومة
« الثانية : لو مات السيد فى أثناء السنة الخ
« يجوز للسيد بيع هذه الخدمة
٤٢٥ الرابعة : لم يذكر الأصحاب مالو استثنى السيد خدمته مدة حياته
« الخامسة : لو باعه نفسه بمال فى يده
« السادسة : لو قال : إن أعطيتنى ألفاً ، فأنت حر
٤٢٦ إن قال : كل مملوك لى حر : عتق عليه مدبروه الخ
٤٢٧ إن قال : أحد عبدى حر : أقرع بينهما .
٤٢٨ إن أعتق عبداً ، ثم أنسيه : أخرج بالقرعة

٤٢٨ إن أعتق جزءاً من عبده فى مرضه أو دبره
٤٢٩ إن أعتق شركا له فى عبد ، أو دبره
« إن أعتق فى مرضه ستة أعبد . قيمتهم سواء
٤٣٠ إن أعتقهم ،فأعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه الخ
« إن اعتق واحداً من ثلاثة أعبد . فمات أحدهم فى حياته
٤٣١ إن أعتق الثلاثة فى مرضه . فمات أحدهم فى حياة السيد
٤٣٢ باب التدبير
« هو تعليق العتق بالموت ، يعتبر من الثلث . يصح من كل من تصح وصيته
٤٣٣ صريحه : لفظ العتق والحرية بالموت . الخ
« يصح مطلقاً ومقيداً
« إن قال متى شئت فأنت مدبر
« إن قال إن شئت فأنت مدبر
٤٣٤ إن قال : قد رجعت فى تدبيرى ، أو أبطلته
٤٣٧ له بيع المدبر وهبته
٤٣٩ إن عاد إليه عاد التدبير
« ماولدت المدبرة . بعد تدبيرها : فهو بمنزلتها
٤٤٠ لايتبعها ولدها قبل التدبير
٤٤١ له إصابة مدبرته
٤٤١ إذا كاتب المدبر ، أو دبر المكاتب
٤٤٢ فلو أدى عتق . وإن مات سيده قبل الأداء عتق
٤٤٣ إذا دبر شركا له فى عبد
« إذا أسلم مدبر الكافر : لم يقر فى يده
٤٤٤ من أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين
٤٤٥ إذا قتل المدبر سيده
٤٤٦ باب الكتابة
« هى بيع العبد نفسه بمال فى ذمته ، وهى مستحبة لمن يعلم فيه خيراً
٤٤٧ هل تكره كتابة من لا كسب له؟
٤٤٨ إن كاتب المميزعبده بإذن وليه الخ
« إن كاتب السيد عبده المميز : صح
« لا تصح إلا بالقوة . وتنعقد بقوله «كاتبتك على كذا الخ
٤٤٩ لاتصح إلا على عوض معلوم
٤٥١ تصح على مال وخدمة ، سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت
« إن أدى ما كوتب عليه أو أبرىء منه : عتق
٤٥٢ فلو مات قبل الأداء : كان مافى يده لسيده
« إذا عجلت الكتابة قبل محلها : لزم السيد الأخذ
٤٥٤ إذا أدى ، وعتق . فوجد السيد بالعوض عيباً الخ

٤٥٥ يملك المكاتب السفر

« إن شرط عليه أن لا يسافر ، ولا يأخذ الصدقة . فهل يصح الشرط ؟

٤٥٦ ليس له أن يتزوج ، ولا يتسرى ، ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي الخ

٤٥٩ وولاء من يعتقه ويكاتبه : لسيده

٤٦٠ لا يكفر بالمال

٤٦١ هل له أن يرهن ،أو يضارب بماله؟

٤٦٢ ليس له شراء ذي رحمه ، إلا بإذن سيده

« له أن يقبلهم إذا وهبوا له ،أوأوصى له بهم ، إذا لم يكن فيه ضرر بماله

٤٦٣ ومتى ملكهم لم يكن له بيعهم . وله كسبهم الخ

٤٦٤ كذلك الحكم في ولد من أمته

« ولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة يتبعها

٤٦٥ إن استولد أمته ، فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها ؟

« لا يبيعه درهماً بدرهمين

٤٦٦ إن حبسه مدة . فعليه أرفق الأمرين به

« ليس له وطء مكاتبة إلا أن يشترط

٤٦٧ إن وطئها ولم يشترط ، أو وطىء أمتها : فلها عليه المهر

« يؤدب ولا يبلغ به الحد

٤٦٧ متى ولدت منه : صارت أم ولد له وولده حر ، سواء وطئها بشرط أو بغيره

٤٦٨ إن أدت عتقت وإن ماتت قبل أدائها : عتقت وسقط ما بقي من كتابتها

« وما في يدها لها ، إلا أن يكون قد عجزها

« كذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده

٤٦٩ إن كاتب اثنان جاريتهما . ثم وطئاها . فلها المهر على كل واحد منهما ، وإن ولدت من أحدهما : صارت ولد له

« يغرم لغرم لشريكه نصف قيمتها

٤٧٠ هل يغرم نصف قيمة ولدها ؟

« يجوز بيع المكاتب

٤٧١ إن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر . صح شراء الأول ، وبطل شراء الثاني ، سواء كانا لواحد أو اثنين

« إن أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل فأحب سيده أخذه بما اشتراه وإلا فهو عبد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء . وولاؤه له .

٤٧٢ ان جنى على سيده ، أو أجنبي : فعليه فداء نفسه

٤٧٣ إن كانت على أجنبى ، ففداه سيده ، وإلا فسخت الكتابة وبيع فى الجناية قناً
« الواجب فى الفداء : أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته
٤٧٤ إن لزمته ديون تعلقت بذمته : يتبع بها بعد العتق
٤٧٥ الكتابة عقد لازم من الطرفين . لايدخلها خيار
« يعتق بالأداء إلى سيده أو إلى من يقوم مقامه من الورثة
٤٧٦ فإن حل نجم فلم يؤده ، فلسيده الفسخ . وعنه لايعجز حتى يحل نجمان ، أوقد عجزت
٤٧٧ وليس للعبد فسخها
« لو زوج ابنته من مكاتبه ،ثم مات: انفسخ النكاح
« يجب على سيده أن يؤتيه ربع مال الكتابة . إن شاء وضعه عنه ، وإن شاء قبضه . ثم دفعه إليه
٤٧٨ إن أدى ثلاثة أرباع المال ، وعجز عن الربع : عتق ، ولم تنفسخ الكتابة فى قول القاضى وأصحابه
٤٨٠ إن كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد الخ
٤٨١ إن اختلفوا بعد الأداء فى قدر ما أدى كل واحد منهم

٤٨١ يجوز له أن يكاتب بعض عبده . فإذا أدى عتق كله
« يجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه
٤٨٢ فإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر : عتق كله
« إن أعتق الشريك قبل أدائه : عتق عليه كله إن كان موسرا وعليه قيمة نصيب المكاتب
٤٨٣ إن كاتبا عبدهما : جاز ، سواء كان على التساوى أو التفاضل الخ
٤٨٥ إن اختلفا فى الكتابة . فالقول قول من ينكرها
٤٨٦ إن اختلفا فى قدر عوضها . فالقول قول السيد
« إن اختلفا فى وفاء مالها . فالقول قول السيد
« فإن أقام العبد شاهداً ، وحلف معه أو شاهداً وامرأتين : ثبت الأداء وعتق
٤٨٧ الكتابة الفاسدة ، مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير : يغلب فيها حكم الصفة
٤٨٨ تنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه
٤٨٩ إن فضل الأدان فضل : فهو لسيده
« هل يتبع المكاتبة ولدها فيها ؟

٤٩٠ باب أحكام أمهات الأولاد

« إذا علقت الأمة من سيدها . فوضعت منه ماتبين فيه بعض خلق الإنسان : صارت بذلك أم ولد

« فإذا مات : عتقت ، وإن لم يملك غيرها .

٤٩١ إن وضعت جسما لاتخطيط فيه ، مثل المضغة

٤٩٢ ان أصابها فى ملك غيره بنكاح أو غيره ، ثم ملكها حاملا : عتق الجنين . ولم تصر أم ولد

٤٩٤ أحكام أم الولد : أحكام الأمة فى الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها

٤٩٥ ثم إن ولدت من غير سيدها : فولدها حكمها فى العتق بموت سيدها ، سواء عتقت أو ماتت قبله

٤٩٧ إن مات سيدها ، وهى حامل منه . فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ .

« إذا جنت أم الولد ، فداها سيدها بقيمتها أو دونها

٤٩٨ إن عادت فجنت فداها أيضاً

٤٩٩ إن قتلت سيدها عمداً . فعليها القصاص

« فإن عفوا على مال ، أو كانت الجناية خطأ

٥٠٠ وتعتق فى الموضعين

« لاحد على قاذفها

٥٠١ إذا أسلمت أم ولد الكافر ، أو مدبرته : منع من غشيانها وحيل بينه وبينها

٥٠٢ أجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب

« إذا وطىء أحد الشركين الجارية . فأولدها : صارت أم ولد له . وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه

٥٠٣ إن كان معسراً : كان فى ذمته

« ان وطئها الثانى بعد ذلك ، فأولدها . فعليه مهرها

« إن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك .

٥٠٤ وهو موسر ، فهل يقوم عليه نصيب شريكه ؟

[illegible]

٤٧٨ إن أدى [illegible]
من الربع [illegible]
المكاتبة في قول الشافعي وأصحابه

٤٨٠ إن كاتب عبداً له كتابة واحدة
[illegible] واحد الخ

٤٨١ إن اختلفوا بعد الأداء في قدر
ما أدى كل واحد منهم

[illegible]

٤٨٧ المكاتبة [illegible]
[illegible]
[illegible] السنة
[illegible]
والحمر [illegible]

٤٨٩ إن فضل الأداء [illegible] فهو لسيده
هل يتبع المكاتبة ولدها [illegible]

الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث من نسخة مكتبة طلعت بدار الكتب المصرية .

وهى مكتوبة عن نسخة المؤلف ، وفى حياته .

وهى النسخة التى عثرنا عليها نتيجة بحث الأخ فؤاد السيد . أمين المخطوطات

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء السابع

الطبعة الأولى

على نسخة بخط المؤلف

حق الطبع محفوظ

١٧ شعبان ١٣٧٦ هـ — ١٩ مارس ١٩٥٧ م

مطبعة السنة المحمدية
١٧ شارع شريف باشا الكبير – القاهرة
ت ٧٩٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوقف

قوله ﴿ وهُوَ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وَتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال الزركشى : وأراد ـ مَنْ حَدَّ بهذا الحدّ ـ مع شروطه المعتبرة . وأدخل غيرهم الشروط فى الحد . انتهى .

وقال فى المطلع : وحدّ المصنف لم يجمع شروط الوقف . وحدّه غيره فقال : تحبيس مالك مطلق التصرف مالَهُ المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف فى رقبته ، يصرف ريعه إلى جهة برّ ، تقرباً إلى الله تعالى . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وأقرب الحدود فى الوقف : أنه كل عين تجوز عاريتها .

فأدخل فى حده أشياء كثيرة ، لايجوز وقفها عند الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب . يأتى حكمها .

قوله ﴿ وَفِيهِ رِوَايَتَانِ . إِحْدَاهُمَا : أَنَّه يَحْصُلُ بِالقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالِّ عَلَيْهِ ﴾ .

كما مثّل به المصنف . وهذا المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : مذهب أبى عبد الله رحمه الله : انعقاد الوقف به . وعليه الأصحاب . انتهى .

وجزم به فى الجامع الصغير ، ورءوس المسائل للقاضى ، ورءوس المسائل

لأبى الخطاب ، والكافى ، والعمدة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

والرواية الأخرى : لايصح إلا بالقول وحـده . كما مثل المصنف . ذكرها القاضى فى المجرد . واختاره أبو محمد الجوزى .

ومنع المصنف دلالتها . وجعل المذهب رواية واحدة . وكذلك الحارثى .

فائدة : قال فى المطلع : السقاية ـ بكسر السين ـ الذى يتخذ فيه الشراب فى المواسم ، وغيرها . عن ابن عباد . قال : والمراد هنا بالسقاية : البيت المبنى لقضاء حاجة الإنسان . سمى بذلك تشبيهاً بذلك .

قال : ولم أره منصوصاً عليه فى شىء من كتب اللغة والغريب . إلا بمعنى موضع الشراب ، و بمعنى الصُّواع . انتهى .

قال الحارثى : أراد بالسقاية : موضع التطهر وقضاء الحاجة ، بقيد وجود الماء .

قال : ولم أجد ذلك فى كتب اللغويين . و إنما هى عندهم مقولة بالاشتراك على الإناء الذى يسقى به ، وعلى موضع السقى . أى المكان المتخذ به الماء . غير أن هذا يقرب ما أراد المصنف بقوله « وشرعها » أى فتح بابها . وقد يريد به معنى الورود . انتهى .

قلت : لعله أراد أعم مما قالا . فيدخل فى كلامه : لو وقف خابية للماء على الطريق ، ونحوه . و بنى عليها ، ويكون ذلك تسبيلا له . وقد صرح بذلك المصنف فى المغنى ، وغيره .

قال الزركشى : لو وقف سقاية : ملك الشرب منها . لكن يرد على ذلك قوله « و يشرعها لهم » .

تنبيه : قوله ﴿ مِثْلَ أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا ﴾

أى : يبنى بنيانا على هيئة المسجد .

﴿ وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ﴾ .

أى إذناً عاماً . لأن الإذن الخاص : قد يقع على غير الموقوف . فلا يفيد دلالة الوقف . قاله الحارثى

قوله ﴿ وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَّسْتُ ، وَسَبَّلْتُ ﴾ .

وقفت ، وحبست : صريح فى الوقف ، بلا نزاع . وهما مترادفان ، على معنى الاشتراك فى الرقبة عن التصرفات المزيلة للملك .

وأما « سبلت » فصريحة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى : والصحيح أنه ليس صريحاً . لقوله عليه الصلاة والسلام « حَبِّس الأصلَ ، وسَبِّل الثمرة » .

غاير بين معنى « التحبيس » و « التسبيل » فامتنع كون أحدهما صريحاً فى الآخر .

وقد علم كون الوقف : هو الإمساك فى الرقبة عن أسباب التملكات . والتسبيل : إطلاق التمليك . فكيف يكون صريحاً فى الوقف ؟ انتهى .

قوله ﴿ وَكِنَايَتُهُ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَّمْتُ ، وَأَبَّدْتُ ﴾ .

أما « تصدقت ، وحرمت » فكناية فيه بلا خلاف أعلمه .

وأما « أبدت » فالصحيح من المذهب : أنها من ألفاظ الكناية ، وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وذكر أبو الفرج أن « أبدت » صريح فيه .

قوله ﴿ فَلاَ يَصِحّ الوَقْفُ بِالكِنَايَةِ إلاّ أَنْ يَنْوِيَهُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ أَوْ يَقْرِنَ بِهَا أَحَدَ الأَلْفَاظِ البَاقِيَةِ ﴾ .

يعنى : الألفاظ الخمسة من الصريح والكناية .

أَوْ حُكْمَ الوَقْفِ ، فَيَقُولُ : تَصَدَّقْتُ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَّسَةً ،

أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ ، أَوْ لاَتُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ ، وَلاَ تُورَثُ .

وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وذكر أبو الفرج : أن قوله « صدقة موقوفة ، أو مؤبدة ، أو لايباع » كناية .

وقال الحارثى : إضافة « التسبيل » بمجرده إلى « الصدقة » لايفيد زوال الاشتراك . فإن « التسبيل » إنما يفيد ماتفيده الصدقة ، أو بعضه . فلا يفيد معنى زائداً .

وكذا لو اقتصر على إضافة « التأبيد » إلى « التحريم » لايفيد الوقف ، لأن التأبيد قد يريد به دوام التحريم . فلا يخلص اللفظ عن الاشتراك . قال : وهذا الصحيح . انتهى .

وقد قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو جعل علو بيته أو سفله مسجداً صح . وكذا لو جعل وسط داره مسجداً ، ولم يذكر الاستطراق : صح ، كالبيع .

قال فى الفروع : فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود . وهو أظهر على أصلنا . فيصح « جعلت هذا للمسجد » أو « فى المسجد » ونحوه . وهو ظاهر نصوصه .

وصحح فى رواية يعقوب : وقف من قال « قريتى التى بالثغر لموالىَّ الذين به ، ولأولادهم » قاله شيخنا .

وقال : إذا قال واحد ، أو جماعة « جعلنا هذا المكان مسجداً ، أو وقفاً » صار مسجداً ، ووقفاً بذلك . وإن لم يكملوا عمارته .

وإذا قال كل منهم « جعلت ملكى للمسجد » أو « فى المسجد » ونحو ذلك . صار بذلك حقاً للمسجد . انتهى .

فائدتان

إحداهما : إذا قال « تصدقت بأرضى على فلانا ـ وذكر معيناً ، أو معينين ـ والنظر لى أيام حياتى . أو لفلان ، ثم من بعده لفلان » كان مفيداً للوقف . وكذا لو قال « تصدقت به على فلان . ثم من بعده : على ولده ، أو على فلان » أو « تصدقت به على قبيلة كذا » أو « طائفة كذا » كان مفيداً للوقف . لأن ذلك لا يستعمل فيما عداه . فالشركة منتفية .

الثانية : لو قال « تصدقت بدارى على فلان » ثم قال بعد ذلك « أردت الوقف » ولم يصدقه فلان : لم يقبل قول المتصدق فى الحكم . لأنه مخالف للظاهر .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ إلاّ بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ . أَحَدُهَا : أَنْ يَكُونَ فِى عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُمْكِنُ الانْتِفَاعُ بِهَا دَائِماً مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ﴾ .

يعنى فى العرف . كالإجارة . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واعتبر أبو محمد الجوزى بقاء متطاولا . أدناه : عمر الحيوان .

قوله ﴿ كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالأَثَاثِ ، وَالسِّلاَحِ ﴾ .

أما وقف غير المنقول : فيصح بلا نزاع .

وأما وقف المنقول ـ كالحيوان ، والأثاث ، والسلاح ، ونحوها ـ فالصحيح من المذهب : صحة وقفها . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : لا يصح وقف غير العقار . نص عليه فى رواية الأثرم ، وحنبل .

ومنع الحارثى دلالة هذه الرواية ، وجعل المذهب رواية واحدة .

ونقل المروذى : لا يجوز وقف السلاح . ذكره أبو بكر .

وقال فى الإرشاد : لا يصح وقف الثياب .

قوله ﴿ وَيَصِحّ وَقْفُ المَشَاعِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب قاطبة .

وفى طريقة بعض الأصحاب : ويتوجه من عدم صحة إجارة المشاع : عدم صحة وقفه .

فائدة : قال فى الفروع : يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ثبت فيه حكم المسجد فى الحال ، فيمنع من الجنب . ثم القسمة متعينة هنا ، لتعينها طريقاً للانتفاع بالموقوف . انتهى .

وكذا ذكره ابن الصلاح .

قوله ﴿ وَيَصِحّ وَقْفُ الحُلِيّ لِلّبْسِ والعَارِيَة ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف وغيره : هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح .

وذكره صاحب التلخيص عن عامة الأصحاب .

واختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، فى آخرين ونقلها الخرقى ، وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع فى الحلى وغيره .

وعنه : لا يصح . اختاره ابن أبى موسى . ذكره الحارثى . وتأولها القاضى ، وابن عقيل .

قال فى التلخيص : وهذه الرواية مبنية على ماحكيناه عنه فى المنع فى وقف المنقول . وأطلقهما فى الرعاية .

فائدة : لو أطلق وقف الحلى : لم يصح . قطع به فى الفائق .

قلت : لو قيل بالصحة ، ويصرف إلى اللبس والعارية : لكان متجها . وله نظائر .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ وَقْفُ غَيْرِ مُعَيّنٍ ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وقال فى التلخيص : ويحتمل أن يصح ، كالعتق .

ونقل جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن وقف داراً ولم يحدها ـ قال : يصح ، وإن لم يحدها . إذا كانت معروفة . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

فعلى الصحة : يخرج المبهم بالقرعة . قاله الحارثى ، وصاحب الرعاية وغيرهما .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ وَقْفُ مَالاَ يَجُوزُ بَيْعُه ، كَأُمّ الوَلَدِ وَالكَلْبِ ﴾

أما أم الولد : فالصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أنه لا يصح وقفها . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع وغيرهم .

وقيل : يصح . قاله فى الفائق .

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قلت : فلعل مراد القائل بذلك : إذا قيل بجواز بيعها . أو أنه يصح مادام سيدها حياً . على قول يأتى .

ثم وجدت صاحب الرعاية الكبرى قال : وفى أم الولد وجهان .

قلت : إن صح بيعها صح وقفها . وإلا فلا . انتهى .

لكن ينبغى على هذا أن يصح وقفها قولا واحداً .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يصح وقف منافع أم الولد فى حياته .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى : المكاتب ـ إن قيل بمنع بيعه ـ فكأم الولد .

وإن قيل بالجواز ـ كما هو المذهب ـ فمقتضى ذلك : صحة وقفه . ولكن إذا أدى : هل يبطل الوقف ؟ يحتاج إلى نظر . انتهى .

الثانية : حكم وقف المدبر حكم بيعه . على مايأتى فى بابه . ذكره فى الرعايتين ، والزركشى وغيرهم .

وأما « الكلب » فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح وقفه . وعليه الأصحاب . لأنه لا يصح بيعه .

وقال الحارثي في شرحه : وقد تخرج الصحة من جواز إعارة الكلب المعلّم كما خرج جواز الإجارة . لحصول نقل المنفعة ، والمنفعة مستحقة بغير إشكال . فجاز أن تنقل .

قال : والصحيح اختصاص النهى عن البيع بما عدا كلب الصيد . بدليل رواية حماد بن سلمة عن ابن الزبير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، والسنور ، إلا كلب الصيد » والإسناد جيد . فيصح وقف المعلم . لأن بيعه جائز .

وفى معناه جوارح الطير ، وسباع البهائم الصيادة يصح وقفها ويجوز بيعها ، بخلاف غير الصيادة .

ومر فى المذهب رواية بامتناع بيعها ـ أعنى الصيادة ـ فيمتنع وقفها ، والأول : أصح . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يصح وقف الكلب المعلّم ، والجوارح المعلّمة ، وما لا يقدر على تسليمه .

قوله ﴿ وَلَا مَالَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ، كَالْأَثْمَانِ ﴾ .

إذا وقف الأثمان . فلا يخلو : إما أن يقفها للتحلى والوزن ، أو غير ذلك .

فإن وقفها للتحلى والوزن ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو ظاهر ما قدمه فى المغنى ، والشرح .

قال الحارثى : وعدم الصحة أصح .

وقيل : يصح . قياساً على الإجارة .

قال فى التلخيص : إن وقفها للزينة بها . فقياس قولنا فى الإجارة : أنه يصح .

فعلى هذا : إن وقفها وأطلق : بطل الوقف . على الصحيح .

وقيل : يصح ، ويحمل عليهما .

وإن وقفها لغير ذلك : لم يصح . على الصحيح من المذهب .

وقال في الفائق وعنه : يصح وقف الدراهم . فينتفع بها في القرض ونحوه . اختاره شيخنا . يعني به الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال في الاختيارات : ولو وقف الدراهم على المحتاجين : لم يكن جواز هذا بعيداً

فائدتان

إحداهما : لو وقف قنديل ذهب ، أو فضة على مسجد : لم يصح . وهو باق على ملك ربه فيزكيه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح . فيكسر ويصرف في مصالحه . اختاره المصنف .

قلت : وهذا هو الصواب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : لو وقف قنديل نقد للنبي صلى الله عليه وسلم : صرف لجيرانه صلى الله عليه وسلم قيمته .

وقال في موضع آخر : النذر للقبور هو للمصالح ، مالم يعلم ربه ، وفي الكفارة الخلاف . وإن من الحسن صرفه في نظيره من المشروع .

ولو وقف فرساً بسرج ولجام مفضض : صح . نص عليه تبعاً .

وعنه : تباع الفضة وتصرف في وقف مثله .

وعنه : ينفق عليه .

الثانية : قال في الفائق : ويجوز وقف الماء . نص عليه .

قال في الفروع ، وفي الجامع : يصح وقف الماء . قال الفضل : سألته عن وقف الماء ؟ فقال : إن كان شيئاً استجازوه بينهم جاز .

وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه .

قال الحارثي : هذا النص يقتضي تصحيح الوقف لنفس الماء ، كما يفعله أهل دمشق . يقف أحدهم حصة أو بعضها من ماء النهر . وهو مشكل من وجهين .

أحدهما : إثبات الوقف فيما لم يملكه بعد . فإن الماء يتجدد شيئا فشيئا .

الثانى : ذهاب العين بالانتفاع .

ولكن قد يقال : بقاء مادة الحصول من غير تأثر بالانتفاع يتنزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع .

ويؤيد هذا : صحة وقف البئر . فإن الوقف وارد على مجموع الماء والحفيرة . فالماء أصل فى الوقف . وهو المقصود من البئر . ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال ، لتجدد بدله . فهنا كذلك . فيجوز وقف الماء كذلك . انتهى .

قوله ﴿ وَالْمَطْعُومُ وَالرَّيَاحِينُ ﴾ .

يعنى : لا يصح وقفها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه : جاز . وهو من باب الوقف . وتسميته وقفاً ـ بمعنى أنه وقف على تلك الجهة لا ينتفع به فى غيرها ـ لا تأباه اللغة . وهو جار فى الشرع .

وقال أيضاً : يصح وقف الريحان ليشمه أهل المسجد .

قال : وطيب الكعبة[1] حكمه حكم كسوتها . فعلم أن التطييب منفعة مقصودة . لكن قد تطول مدة التطييب وقد تقصر ، ولا أثر لذلك .

قال الحارثى : وما يبقى أثره من الطيب ـ كالند والصندل ، وقطع الكافور ـ لشم المريض وغيره : فيصح وقفه على ذلك ، لبقائه مع الانتفاع . وقد صحت إجارته لذلك فصح وقفه . انتهى .

وهذا ليس داخلاً فى كلام المصنف .

والظاهر : أن هذا من المتفق على صحته لوجود شروط الوقف .

قوله ﴿ الثَّانِي : أَنْ يَكُونَ عَلَى بِرٍّ ﴾ .

---

(١) ضاع من هنا ورقة من نسخة المصنف .

وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله .
كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .
وقطع به كثير منهم .

وقيل : يصح الوقف على مباح أيضاً .

وقيل : يصح على مباح ومكروه .

قال في التلخيص : وقيل : المشترط أن لا يكون على جهة معصية ، سواء كان قربة وثواباً ، أو لم يكن . انتهى .

فعلى هذا : يصح الوقف على الأغنياء .

فعلى المذهب : اشتراط العزوبة باطل . لأن الوصف ليس قربة ، ولتمييز الغنى عليه .

وعلى هذا : هل يلغو الوصف ويعم ، أو يلغو الوقف ، أو يفرق بين أن يقف ويشترط ، أو يذكر الوصف ابتداء . فيلغى في الاشتراط ويصح الوقف ؟ . يحتمل أوجهاً . قاله في الفائق .

فائدتان

إحداهما : أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة . لأنه بدعة . وصححه ابن الزاغوني . فيصرف لمصلحة . نقله ابن الصيرفي عنهما .

وفي فتاوى ابن الزاغوني : المعصية لا تنعقد .

وأفتى أبو الخطاب بصحته ، وينفق ثمنها على عمارته ولا يستر . لأن الكعبة خصت بذلك . كالطواف .

الثانية : يصح وقف عبده على حجرة النبي صلى الله عليه وسلم لإخراج ترابها وإشعال قناديلها وإصلاحها ، لا لإشعالها وحده ، وتعليق ستورها الحرير ، والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك . ذكره في الرعاية[1] .

---

(١) الستور لغير الكعبة محرمة ، كما ذكر قبل سطور . وكل ذلك مما أحدثه الجاهليون مشاقة لله ولرسوله ، واتباعا لغير سبيل المؤمنين .

قوله ﴿ مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ ﴾ .

يعنى : إذا وقف على أقاربه من أهل الذمة : صح . وهذا المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب قاطبة .

تنبيهان

أحدهما : قد يقال : مفهوم كلام المصنف أنه لايصح الوقف على ذمى ، غير قرابته . وهذا أحد الوجهين . وهو مفهوم كلام جماعة ـ منهم : صاحب الوجيز ، والتلخيص وقدمه فى الرعايتين ـ ومال إليه الزركشى .

وقيل : يصح على الذمى ، وإن كان أجنبياً من الواقف . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والمنتخب ، وعيون المسائل وغيرهم .

قال فى الفائق : ويصح على ذمى من أقاربه . نص عليه ، وعلى غيره ، من معين . فى أصح الوجهين دون الجهة . انتهى .

وهو ظاهر ماقطع به الحارثى .

وأطلق الوجهين فى الحاوى الصغير .

وقال الحلوانى : يصح على الفقراء منهم دون غيرهم .

وصحح فى الواضح صحة الوقف من ذمى عليه دون غيره .

الثانى : قال الحارثى : قال الأصحاب : إن وقف على من ينزل الكنائس ، والبيع من المارة والمجتازين : صح .

قالوا : لأن هذا الوقف عليهم ، لاعلى البقعة . والصدقة عليهم جائزة وصالحة للقربة . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

قال الحارثى : إن خصّ أهل الذمة ، فوقف على المارة منهم : لم يصح . انتهى .

وقال فى الفروع : وفى المنتخب ، والرعاية : يصح على المارة بها منهم ، يعنى من أهل الذمة .

وقاله فى المغنى فى بناء بيت يسكنه المجتاز منهم .

ولم أر ماقال عنه صاحب الرعاية فيهما فى مظنته ، بل قال : ويصح منها على ذمى بهما أو ينزلها ، أو يجتاز ، راجلاً أو راكباً .

قوله ﴿ وَلاَ يَصحُّ عَلَى الكَنَائِسِ وَبُيُوتِ النَّارِ ﴾ .

وكذا البيع . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . ونص عليه فى الكنائس والبيع .

وفى الموجز رواية . على الكنيسة والبيعة كمارٍّ بهما .

فوائد

الأولى : الذمى كالمسلم فى عدم الصحة فى ذلك . على الصحيح من المذهب فلا يصح وقف الذمى على الكنائس والبيع و بيوت المنار ، ونحوها ، ولا على مصالح شىء من ذلك ، كالمسلم . نص عليه . وقطع به الحارثى وغيره .

قال المصنف : لانعلم فيه خلافا .

وصحح فى الواضح وقف الذمى على البيعة والكنيسة .

وتقدم كلامه فى وقف الذمى على الذمى .

الثانية : الوصية كالوقف فى ذلك كله . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : من كافر .

وقال فى الانتصار : لو نذر الصدقة على ذمية لزمه .

وذكر فى المذهب وغيره : يصح للكل . وذكره جماعة رواية .

وذكر القاضى صحتها بحصير وقناديل .

قال فى التبصرة : إن وصى لما لا معروف فيه ولا بر – ككنيسة أو كتب التوراة – لم يصح . وعنه يصح .

الثالثة : لو وقف على ذمى ، وشرط استحقاقه مادام كذلك ، فأسلم : استحق ما كان يستحقه قبل الإسلام ، ولغى الشرط . على الصحيح من المذهب . وقطع به كثير من الأصحاب . وصحح ابن عقيل فى الفنون هذا الشرط .

وقال : لأنه إذا وقفه على الذمى من أهله دون المسلم لم لا يجوز شرط لهم حال الكفر . فأى فرق ؟

قوله ﴿ وَلاَ عَلَى حَرْبِيٍّ ، أَوْ مُرْتَدٍّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وأكثرهم قطع به ، منهم صاحب المغنى ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال الحارثى : هذا أحد الوجهين .

قال فى المجرد ــ فى كتاب الوصايا ــ : إذا أوصى مسلم لأهل قريته أو قرابته : لم يتناول كافرهم إلا بتسميته .

قال فى المحرر : والوقف كالوصية فى ذلك كله .

قال الحارثى : فصححه على الكافر القريب [١] والمعين . قال: وهو الصحيح ، لكن بشرط أن لا يكون مقاتلا ، ولا مخرجاً للمسلمين من ديارهم ، ولا مظاهراً للأعداء على الإخراج . انتهى .

وقواه بأدلة كثيرة .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ عَلَى نَفْسِهِ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى الفصول : هذه الرواية أصح .

قال الشارح : هذا أقيس .

قال فى الرعايتين : ولا يصح على نفسه ، على الأصح .

---

(١) هنا تنتهى الورقة الضائعة من نسخه المصنف التى بخطه .

قال الحارثى : وهذا الأصح عند أبى الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، وقطع به ابن أبى موسى فى الإرشاد ، وأبو الفرج الشيرازى فى المبهج ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

نقل حنبل ، وأبو طالب : ماسمعت بهذا . ولا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله تعالى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يصح . نص عليه فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، ويوسف ابن أبى موسى ، والفضل بن زياد .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : صح فى ظاهر المذهب .

قال الحارثى : هذا هو الصحيح .

قال أبو المعالى فى النهاية ، والخلاصة : يصح على الأصح .

قال الناظم : يجوز على المنصور من نص الإمام أحمد رحمه الله .

وصححه فى التصحيح ، وإدراك الغاية .

قال فى الفائق : وهو المختار .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومال إليه صاحب التلخيص . وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والهادى ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه المجد فى مسودته على الهداية . وقال : نص عليه .

قال المصنف ـ وتبعه الشارح ، وصاحب الفروع ـ : اختاره ابن أبى موسى .

وقال ابن عقيل : هى أصح .

قلت : الذى رأيته فى الإرشاد والفصول : ماذكرته آنفا . ولم يذكر المسألة فى التذكرة . فلعلهما اختاراه فى غير ذلك . لكن عبارته فى الفصول موهمة .

قلت : وهذه الرواية عليها العمل فى زماننا وقبله ، عند حكامنا من أزمنة متطاولة . وهو الصواب . وفيه مصلحة عظيمة . وترغيب فى فعل الخير . وهو من محاسن المذهب .

وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، وشرح ابن منجا ، والبلغة ، وتجريد العناية .

فعلى المذهب : هل يصح على من بعده ؟ على وجهين ، بناء على الوقف المنقطع الابتداء . على مايأتى إن شاء الله تعالى .

قال الحارثى : ويحسن بناؤه على الوقف المعلق .

فائدة : إذا حكم به حاكم ، حيث يجوز له الحكم :

فقال فى الفروع : ظاهر كلامهم ينفذ الحكم ظاهراً . وفيه فى الباطن الخلاف .

وفى فتاوى ابن الصلاح : إذا حكم به حنفى ، وأنفذه شافعى : للواقف نقضه إذا لم يكن الصحيح من مذهب أبى حنيفة ، وإلا جاز نقضه فى الباطن فقط . بخلاف صلاته فى المسجد وحده حياته ، لعدم القربة والفائدة فيه ، ذكرها ابن شهاب وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَثْنَى الأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ : صَحَّ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والمحرر ، والوجيز ، والقواعد ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وهو من مفردات المذهب . وقيل : لا يصح .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو استثنى الأكل مدة معينة .

وكذا لو استثنى الأكل والانتفاع لأهله ، أو يطعم صديقه . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ويصح شرط غلته له أو لولده مدة حياته فى المنصوص .

قال فى المستوعب : وكذلك إن شرط لأولاده أو لبعضهم سكنى الوقف مدة حياتهم جاز .

وقيل : لايصح إذا شرط الانتفاع لأهله ، أو شرط السكنى لأولاده أو لبعضهم . ذكره فى الفائق وغيره .

فعلى المذهب : لو استثنى الانتفاع مدة معينة ، فمات فى أثنائها . فقال فى المغنى : ينبغى أن يكون ذلك لورثته . كما لو باع داراً واستثنى لنفسه السكنى مدة ، فمات فى أثنائها .

واقتصر عليه الحارثى .

وعلى المذهب أيضاً : يجوز إيجارها للموقوف عليه ولغيره .

الثانية : لو وقف على الفقراء ثم افتقر : أبيح له التناول منه ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى رواية المروذى .

قال فى التلخيص : هذا ظاهر كلام أصحابنا .

قال الحارثى : هذا الصحيح .

قال فى الفروع ، والرعاية : شمله فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية ، والفقهية : يدخل على الأصح فى المذهب .

وقيل : لايباح ذلك . وهو احتمال فى التلخيص .

قال فى القواعد الأصولية : والظاهر أن محل الخلاف فى دخوله : إذا افتقر ، على قولنا . فإن الوقف على النفس يصح .

وأما على القول بأنه لايصح : فلا يدخل فى العموم إذا افتقر جزما . لأنه لايتناول بالخصوص . فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى .

وأما إذا وقف داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو بئره ليستقى منها المسلمون ،

أو بنى مدرسة لعموم الفقهاء أو لطائفة منهم ، أو رباطا للصوفية ، ونحو ذلك مما يعم : فله الانتفاع كغيره .

قال الحارثى : له ذلك من غير خلاف .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلاَ يَصِحُّ عَلَى مَجْهُول كَرَجُلٍ وَمَسْجِدٍ ﴾ بلا نزاع .

وكذا لا يصح لو كان مبهما ، كأحد هذين الرجلين . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : يصح . ذكره فى الرعاية احتمالا .

وقيل : يصح إن قلنا لا يفتقر الوقف إلى قبول ، مخرَّج من وقف إحدى الدارين . وهو احتمال فى التلخيص .

فعلى الصحة : يخرج المبهم بالقرعة . قاله فى الرعاية .

قلت : وهو مراد من يقول بذلك .

وتقدم نظيره فيما إذا وقف أحد هذين .

قوله ﴿ وَلاَ عَلَى حَيَوَانٍ لاَ يَمْلِكُ ، كَالْعَبْدِ ﴾ .

لا يصح الوقف على العبد . على الصحيح من المذهب مطلقا . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى القواعد الفقهية : الأكثرون على أنه لا يصح الوقف على العبد . على الروايتين ، لضعف ملكه .

وجزم به فى المغنى ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يصح ، إن قلنا يملك . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . حيث اشترط لعدم الصحة : عدم الملك .

قال فى الرعاية : ويكون لسيده .

وقيل : يصح الوقف عليه . سواء قلنا يملك ، أو لا . و يكون لسيده . واختاره الحارثى .

فائدتان

إحداهما : لا يصح الوقف على أم الولد ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الحارثى : الصحة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يصح الوقف على أم ولده بعد موته .

و إن وقف على غيرها ، على أن ينفق عليها مدة حياته ، أو يكون الريع لها مدة حياته : صح . فإن استثناء المنفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه .

وإن وقف عليها مطلقا ، فينبغى أن يقال : إن صححنا الوقف على النفس : صح . لأن ملك أم ولده أكثر ما يكون بمنزلة ملكه .

و إن لم نصححه ، فيتوجه أن يقال : هو كالوقف على العبد القن .

و يتوجه الفرق بأن أم الولد لا تملك بحال . وفيه نظر .

وقد يخرج على ملك العبد بالتمليك . فإن هذا نوع تمليك لأم ولده ، بخلاف العبد القن . فإنه قد يخرج عن ملكه ، فيكون ملكا لعبد الغير .

و إذا مات السيد : فقد تخرج هذه المسألة على مسألة تفريق الصفقة . لأن الوقف على أم الولد يعم حال رقها وعتقها . فإذا لم يصح فى إحدى الحالين : خرج فى الحال الأخرى وجهان .

فإن قلنا : إن الوقف المنقطع الابتداء يصح . فيجب أن يقال ذلك .

و إن قلنا لا يصح : فهذا كذلك . انتهى .

الثانية : لا يصح الوقف على المكاتب . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والبلغة ، والمستوعب وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقيل : يصح . ويحتمله مفهوم كلام المصنف . وقد يشمله قوله « أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ »

واختاره الحارثى . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم ،

قوله ﴿ وَالْحَمْلُ ﴾ .

يعنى : لايصح الوقف على الحمل . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

منهم : ابن حمدان ، وصاحب الفائق ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وصحح ابن عقيل : جواز الوقف على الحمل ابتداء . واختاره الحارثى .

قال فى الفروع : ولا يصح على حمل ، بناء على أنه تمليك إذاً ، وأنه لايملك . وفيهما نزاع .

تنبيه : إيراد المصنف فى منع الوقف على الحمل : يختص بما إذا كان الحمل أصلا فى الوقف .

أما إذا كان تبعاً ـ بأن وقف على أولاده ، أو أولاد فلان ، وفيهم حمل ، أو انتقل إلى بطن ، وفيهم حمل ـ : فيصح بلا نزاع . لكن لا يشاركهم قبل ولادته . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى القاعدة الرابعة والثمانين : هو قول القاضى ، والأكثرين . وجزم به الحارثى ، وغيره .

وقال ابن عقيل : يثبت له استحقاق الوقف فى حال كونه حملا ، حتى صحح الوقف على الحمل ابتداء ، كما تقدم .

وأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً .

فائدة : لو قال « وقفت على من سيولد لى » أو « من سيولد لفلان » لم يصح . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به القاضى فى خلافه وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وصححه المصنف فى المغنى ، وغيره .

وذكره المصنف : فى مسألة الوصية لمن تحملُ هذه المرأة .

وقال المجد : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : صحته . ورده ابن رجب .

قوله ﴿ وَالبَهِيمَةُ ﴾ .

يعنى لايصح الوقف عليها . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الحارثى : الصحة . وقال : وهو الأظهر عندى . كما فى الوقف على القنطرة ، والسقاية ، وينفق عليها .

قوله ﴿ الرَّابِعُ : أَنْ يَقِفَ نَاجِزًا . فإنْ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ : لَمْ يَصحّ ﴾ .

هـذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يصح . واختـاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، والحارثى ، وقال : الصحة أظهر . ونصره .

وقال ابن حمدان ــ من عنده ــ إن قيل : الملك لله تعـالى : صح التعليق . وإلا فلا .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ يَقُولَ : هُوَ وَقْفٌ مِنْ بَعْدِ مَوْتِى ﴾ .

فيصح فى قول الخرقى . وهو المذهب .

اختاره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به فى الكافى ، والخلاصة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى القواعد : وهو أصح . لأنها وصية ، والوصايا تقبل التعليق .

وقال أبو الخطاب فى الهداية : لاتصح .

واختاره ابن البنا ، والقاضى . وحمل كلام الخرقى على أنه قال : قفوا بعد موتى . فيكون وصية بالوقف . وأطلقهما فى المذهب .

فعلى المذهب : يعتبر من الثلث .

فوائد

منها : قال الحارثى : كلام الأصحاب يقتضى أن الوقف المعلق على الموت ، أو على شرط فى الحياة : لايقع لازما قبل وجود المعلق عليه . لأن ماهو معلق بالموت وصية ، والوصية ـ فى قولهم ـ لاتلزم قبل الموت ، والمعلق على شرط فى الحياة فى معناها . فيثبت فيه مثل حكمها فى ذلك .

قال : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله فى المعلق على الموت : هو اللزوم .

قال الميمونى فى كتابه : سألته عن الرجل يوقِفُ على أهل بيته ، أو على المساكين بعده . فاحتاج إليها ، أيبيع على قصة المدبر ؟ فابتدأنى أبو عبد الله بالكراهة لذلك . فقال : الوقوف إنما كانت من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم على أن لايبيعوا ولا يهبوا .

قلت : فمن شبهه وتأول المدبر عليه . والمدبر قد يأتى عليه وقت يكون فيه حراً ، والموقوف إنما هو شىء وقفه بعده ، وهو ملك الساعة .

قال لى : إذا كان يتأول .

قال الميمونى : وإنما ناظرته بهذا ، لأنه قال : المدبر ليس لأحد فيه شىء ، وهوملك الساعة . وهذا شىء وقفه على قوم مساكين . فكيف يحدث به شيئاً ؟ فقلت : هكذا الوقوف ، ليس لأحد فيها شىء ، الساعة هوملك . وإنما

استحق بعد الوفاة ، كما أن المدبر الساعة ليس بحر ، ثم يأتى عليه وقت يكون فيه حراً . انتهى .

فنص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين الوقف بعد الموت ، و بين المدبر .

قال الحارثى : والفرق عسر جداً .

وتابع فى التلخيص المنصوص ، فقال : أحكام الوقف خمسة .

منها : لزومه فى الحال . أخرجه مخرج الوصية ، أم لم يخرجه . وعند ذلك : ينقطع تصرفه فيه .

وشيخنا رحمه الله ـ فى حواشى المحرر ـ لما لم يطلع على نص الإمام أحمد ردّ كلام صاحب التلخيص وتأوله . اعتماداً على أن المسألة ليس فيها منقول . مع أنه وافق الحارثى على أن ظاهر كلام الأصحاب : لا يقع الوقف والحالة هذه لازماً .

قلت : كلامه فى القواعد يشعر أن فيه خلافاً : هل هو لازم أم لا ؟ .

قاله فى القاعدة الثانية والثمانين فى تبعية الولد .

ومنها : المعلق وقفها بالموت ، إن قلنا : هو لازم . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد فى رواية الميمونى . انتهى .

فظاهر قوله « إن قلنا : هو لازم » يشعر بالخلاف .

ومنها : لو شرط فى الوقف أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يرجع فيه متى شاء : بطل الشرط والوقف فى أحد الأوجه . وهو الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال المصنف فى المغنى : لا نعلم فيه خلافاً .

وقيل : يبطل الشرط دون الوقف ، وهو تخريج من البيع ، وما هو ببعيد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يصح فى الكل نقله عنه فى الفائق .

ومنها : لو شرط الخيار فى الوقف فسد . نص عليه . وهو المذهب . وخرج فساد الشرط وحده من البيع .

قال الحارثي : وهو أشبه .

ومنها : لو شرط البيع عند خرابه ، وصرف الثمن في مثله ، أو شرطه للمتولى بعده . فقال القاضي ، وابن عقيل ، وابن البنا ، وغيرهم : يبطل الوقف .

قلت : وفيه نظر .

وذكر القاضي ، وابن عقيل وجهاً بصحة الوقف وإلغاء الشرط . ذكر ذلك الحارثي .

قلت : وهو الصواب .

قال في الفروع : وشرط بيعه — إذا خرب — فاسد في المنصوص . نقله حرب . وعلل بأنه ضرورة ومنفعة لهم .

قال في الفروع : ويتوجه على تعليله : لو شرط عدمه عند تعطيله .

وقيل : الشرط صحيح .

قوله ﴿ وَلاَ يُشْتَرَطُ القَبُولُ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

إذا وقف وقفا ، فلا يخلو : إما أن يكون على آدمي معين ، أو غيره .

فإن كان على غير معين ، فقطع المصنف هنا : أنه لا يشترط القبول . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر الناظم احتمالا : أن نائب الإمام يقبله .

وإن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً — زاد في الرعايتين : أو جمعاً محصوراً — فهل يشترط قبوله أم لا يشترط ؟

فيه وجهان . أطلقهما المصنف هنا .

أحدهما : لا يشترط . وهو المذهب .

قال في الكافي : هذا ظاهر المذهب . قال الشارح : هذا أولى .

قال الحارثى : هذا أقوى . وقطع به القاضى ، وابن عقيل .

قال فى الفائق : لايشترط فى أصح الوجهين . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : يشترط .

قال فى المذهب والخلاصة : يشترط فى الأصح .

قال الناظم : هذا أقوى .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى مسبوك الذهب ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الكبرى ، والزركشى ، وتجريد العناية .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وأخذ الريع قبول .

تنبيه : أكثر الأصحاب يحكى الخلاف من غير بناء .

وقال ابن منجا فى شرحه ـ بعد تعليل الوجهين ـ والأشبه : أن ينبنى ذلك على أن الملك : هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا ؟ .

فإن قيل بالانتقال ، قيل : باشتراط القبول ، وإلا فلا .

قال الحارثى : وبناه بعض أصحابنا المتأخرين على ذلك .

قال فى الرعايتين ، قلت : إن قلنا « هو لله تعالى » لم يعتبر القبول ، وإن قلنا « هو للمعين والجمع المحصور » اعتبر فيه القبول .

قال الحارثى : وفى ذلك نظر . فإن القبول إن أنيط بالتمليك فالوقف لايخلو من تمليك ، سواء قيل بالامتناع أو عدمه . انتهى .

قال الزركشى : والظاهر أن الخلاف على القول بالانتقال . إذ لا نزاع بين الأصحاب : أن الانتقال إلى الموقوف عليه هو المذهب ، مع اختلافهم فى المختار هنا .

فعلى المذهب : لا يبطل برده . فرده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق .

جزم به فى المغنى ، والشرح .

وقال أبو المعالى فى النهاية : إنه يرتد برده ، كالوكيل إذا رد الوكالة . و إن لم يشترط لها القبول .

قال الحارثى : وهذا أصح .

وعلى القول بالاشتراط ، قال الحارثى : يشترط اتصال القبول بالإيجاب . فإن تراخى عنه : بطل ، كما يبطل فى البيع والهبة .

وعلله . ثم قال : وإذا علم هـذا ، فيتفرع عليه عدم اشتراط القبول من المستحق الثانى والثالث . ومن بعد تراخى استحقاقهم عن الإيجاب . ذكره بعض الأصحاب .

قال : وهذا يشكل بقبول الوصية متراخياً عن الإيجاب . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ إذا اشترط القبول على المعين . فلا ينبغى أن يشترط المجلس . بل يلحق بالوصية والوكالة . فيصح معجلا ومؤجلا بالقول والفعل . فأخذ ريعه : قبول .

وقطع ، واختـار فى القاعدة الخامسة والخمسين : أن تصرف الموقوف عليه المعين : يقوم مقام القبول بالقول .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ : بَطَلَ فِى حَقِّهِ ، دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ﴾ .

وهذا مفرع على القول باشتراط القبول .

فجزم المصنف هنا : أنه كالمنقطع الابتداء ، على مايأتى بعد ذلك . فيأتى فيه وجه بالبطلان . وهذا أحد الوجهين .

أعنى : كونه كالمنقطع الابتداء .

وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يصح هذا ، و إن لم نصحح فى الوقف المنقطع . وهو الصحيح .

قال فى الفروع : وهو أصح ، كتعذر استحقاقه لفوت وصف فيه .

قال الحارثى : هذا الصحيح .

فعلى هذا : يصح هنا . قولا واحداً .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس كالوقف المنقطع الابتداء ، بل الوقف هنا صحيح . قولا واحداً .

قوله ﴿ وكَانَ كما لو وَقفَ عَلَى مَنْ لا يَجُوز . ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ﴾ .

هذا الوقف المنقطع الابتداء . وهو صحيح . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : جزم به أكثر الأصحاب .

وبناه فى المغنى ، ومن تابعه ، على تفريق الصفقة . فأجرى وجهاً بالبطلان .

قال : وفيه بعد .

فعلى المذهب : يُصْرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ . كما قال المصنف . وهذا الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه آخر : أنه إن كان من لايجوز الوقف عليه يعرف انقراضه ــ كرجل معين ــ صرف إلى مصرف الوقف المنقطع . يعنى المنقطع الانتهاء . على مايأتى .

صرح به الحارثى ، إلى أن ينقرض . ثم يصرف إلى من بعده .

واختاره ابن عقيل ، والقاضى . وقال : هو قياس المذهب .

وقيل : يصرف إلى أقارب الواقف . قاله فى الفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنقَطِعُ ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَآلاً ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، ثُمَّ عَلَى مَنْ لا يَجُوزُ ﴾ انصرف بعد انقراض من يجوز ﴿ الوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الوَاقِفِ وَقْفاً عَلَيْهِمْ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . قال فى الـكافى : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصـغير .

فعليها : يقسم على قدر إرثهم . جزم به فى الفروع وغيره .

قال الحارثى : قاله الأصحاب .

قال القاضى : فللبنت مع الابن الثلث . وله الباقى . وللأخ من الأم مع الأخ للأب السدس . وله مابقى .

وإن كان جد وأخ : قاسمه . وإن كان أخ وعم : انفرد به الأخ . وإن كان عم وابن عم : انفرد به العم .

وقال الحارثى : وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب فى حال دون حال . وتفضيل لبعض على بعض .

وهو لو وقف على أقاربه ، لمـا قالوا فيه بهذا التخصيص ، والتفضيل .

وكذا لو وقف على أولاده ، أو أولاد زيد . لايفضل فيه الذكر على الأنثى .

وقد قالوا هنا : إنما ينتقل إلى الأقارب وقفاً . انتهى .

فظاهر كلامه : أنه مال إلى عدم المفاضلة . وماهو ببعيد .

قال فى الفائق : وعنه : فى أقاربه ـ ذكرهم وأنثاهم ـ بالسوية . ويختص به الوارث . انتهى .

والرواية الأخرى : يصرف إلى أقرب عصبته .

قال فى الفروع : وعنه يصرف إلى عصبته . ولم يذكر أقرب . وأطلقهما ابن منجا فى شرحه .

فعليهما : يكون وقفاً . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقطع به القاضى ، وأبو الخطاب ، والمجد ، وغيرهم .

وقدمه فى النظم ، والفروع ، والزركشى ، والفائق ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال فى المغنى : نص عليه .

قال الحارثى : وإنما حذف ذكر الوقف فى الرواية الثانية ، اختصاراً واكتفاء بذكره المتقدم فى رواية العود إلى الورثة . انتهى .

وقال ابن منجا فى شرحه : مفهوم قوله « فى الورثة » يكون وقفاً عليهم . على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبة : لا يكون وقفاً .

ورده الحارثى . فقال : من الناس من حمل رواية العود إلى أقرب العصبة — فى كلام المصنف — : على العود ملكا .

قال : لأنه قيد رواية العود إلى الورثة بالوقف ، وأطلق هنا . وأثبت بذلك وجهاً .

قال : وليس كذلك . فإن العود إلى الأقرب ملكا إنما يكون بسبب الإرث ومعلوم أن الإرث لا يختص بأقرب العصبة .

وأيضاً : فقد حكى خلافاً فى اختصاص العود بالفقراء بهم . ولو كان إرثاً لما اختص بالفقراء . مع أن المصنف صرح بالوقف فى ذلك فى كتابيه . وكذلك الذين نقل من كتبهم ، كالقاضى ، وأبى الخطاب . انتهى .

وعنه : يكون ملكا .

قال فى الفائق : وقيل يكون ملكا . اختاره الخرقى .

قال فى المغنى : ويحتمله كلام الخرقى .

قال فى الفائق : وقال ابن أبى موسى : إن رجع إلى الورثة كان ملكاً ، بخلاف العصبة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا أصح وأشبه بكلام الإمام أحمد رحمه الله .

وعلى الروايتين أيضاً ﴿ هَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فُقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

أحدهما : عدم الاختصاص . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا الأصح فى المذهب .

قال الناظم : هذا الأقوى . وجزم به فى المحرر ، وغيره .

قال الزركشى : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى .

وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : يختص به فقراؤهم . اختاره القاضى فى كتاب الروايتين .

فائدة : متى قلنا برجوعه إلى أقارب الواقف ، وكان الواقف حياً ، ففى رجوعه إليه أو إلى عصبته وذريته روايتان .

حكاهما ابن الزاغونى فى الإقناع رواية .

إحداهما : يدخل . قطع به ابن عقيل فى مفرداته . قاله فى القاعدة السبعين .

وكذا لو وقف على أولاده وأنسالهم ، على أن من تُوُفِّيَ منهم عن غير ولد : رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه . فتوفى أحد أولاد الواقف عن غير ولد ، والأب الواقف حَيٌّ ، فهل يعود نصيبه إليه ، لكونه أقرب الناس إليه ، أم لا ؟ تخرج على ماقبلها . قاله ابن رجب .

والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب فى خطابه .

تنبيه : لو لم يكن للواقف أقارب : رجع على الفقراء والمساكين . على الصحيح جزم به ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

وقال ابن أبى موسى : يباع . ويجعل ثمنه فى المساكين .

وقيل : يصرف إلى بيت المال لمصالح المسلمين . نص عليه فى رواية ابن إبراهيم ، وأبى طالب ، وغيرهما .

وقطع به أبو الخطاب ، وصاحب المحرر وغيرهما .

وقدمه الزركشى .

وفى أصل المسألة ما قاله القاضى فى موضع من كلامه : أنه يَـكُونُ وَقفاً عَلَى المَسَاكِين .

والموضع الذى قاله القاضى فيه : هو فى كتابه الجامع الصغير . قاله الحارثى

وهو رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله .

اختارها جماعة من الأصحاب . منهم الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ والقاضى أبو الحسين . قاله الحارثى .

واختاره المصنف أيضاً . وصححه فى التصحيح .

قال الناظم : هى أولى الروايات .

قال الحارثى : وهذا لا أعلمه نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال المصنف : إن كان فى أقارب الواقف فقراء : فهم أولى به ، لا على الوجوب

وعنه رواية رابعة : يصرف فى المصالح . جزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والفائق . وقال : نص عليه . قال : ونصره القاضى ، وأبو جعفر .

قال الزركشى : أنص الروايات أن يكون فى بيت المال ، يصرف فى مصالحهم

فعلى هاتين الروايتين : يكون وقفاً أيضاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وعنه يرجع إلى ملك واقفه الحى .

ونقل حرب : أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه .

ونقل المروذى : إن وقف على عبيده لم يستقم . قلت : فيعتقهم ؟ قال : جائز .

فإن ماتوا ولهم أولاد فهو لهم ، وإلا فللعصبة . فإن لم يكن عصبة بيع وفرق على الفقراء .

فائدة : للوقف صفات .

إحداها : متصل الابتداء والوسط والانتهاء .

الثانية : منقطع الابتداء متصل الانتهاء .

الثالثة : متصل الابتداء ، منقطع الانتهاء ، عكس الذى قبله .

الرابعة : متصل الابتداء والانتهاء ، منقطع الوسط .

الخامسة : عكس الذى قبله . منقطع الطرفين ، صحيح الوسط .

وأمثلتها واضحة . وكلها صحيحة على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وخرج وجه بالبطلان فى الوقف المنقطع من تفريق الصفقة على ماتقدم ، ورواية بأنه يصرف فى المصالح .

قال فى الرعاية فى منقطع الآخر : صح فى الأصح .

السادسة : منقطع الأول والوسط والأخير ، مثل أن يقف على من لايصح الوقف عليه ، ويسكت ، أو يذكر مالا يصح الوقف عليه أيضاً . فهذا باطل . بلا نزاع بين الأصحاب .

فالصفة الأولى : هى الأصل فى كلام المصنف ، وغيره .

والصفة الثانية : تؤخذ من كلام المصنف ، حيث قال « وكان كما لو وقف على من لايجوز ثم على من يجوز » .

والصفة الثالثة : تؤخذ من كلامه أيضا ، حيث قال « وإن وقف على جهة تنقطع ، ولم يذكر له مآلا ، أو على من يجوز . ثم على من لايجوز » .

والرابعة ، والخامسة : لم يذكرهما المصنف ، لكن الحكم واحد .

قوله ﴿ أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ﴾ .

يعنى أن قوله « وقفت » ويسكت : حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء . فالوقف صحيح عند الأصحاب ، وقطعوا به .

وقال فى الروضة : على الصحيح عندنا . انتهى .

فظاهره : أن فى الصحة خلافاً .

فعلى المذهب : حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء فى مصرفه . على الصحيح من المذهب ، كما قاله المصنف هنا .

وقطع به القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . واختاره صاحب التلخيص ، وغيره .

وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .

وقال القاضى وأصحابه : يصرف فى وجوه البر .

قال الحارثى ، الوجه الثانى : يصرف فى وجوه البر والخير . قطع به القاضى فى التعليق الكبير ، والجامع الصغير ، وأبو على بن شهاب ، وأبو الخطاب فى الخلاف الصغير ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو الحسين القاضى ، والعكبرى فى آخرين .

وفى عبارة بعضهم « وكان لجماعة المسلمين » .

وفى بعضها « صرف فى مصالح المسلمين » والمعنى : متحد .

قال فى عيون المسائل : فى هذه المسألة وفى قوله « تصدقت » تكون لجماعة المسلمين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُهُ سَنَةً : لَمْ يَصِحَّ ﴾ . هذا المذهب .

قال ابن منجا : هذا المذهب . وصححه فى النظم ، والتلخيص .

وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

ويحتمل أن يصح ، ويصرف بعدها مصرف المنقطع ـ يعنى منقطع الانتهاء ـ وهو وجه ذكره أبو الخطاب وغيره .

وأطلقهما فى المحرر ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : يصح ، ويلغو توقيته .

فائدة : لو وقفه على ولده سنة ، ثم على زيد سنة ، ثم على عمرو سنة ، ثم على المساكين : صح . لاتصاله ابتداء ، وانتهاء .

وكذا لو قال : وقفته على ولدى مدة حياتى ، ثم على زيد ، ثم على المساكين : صح .

قوله ﴿ وَلَا يُشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الوَقْفِ عَنْ يَدِهِ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وهو المذهب ، وعليه الجمهور .

قال المصنف ، وغيره : هذا ظاهر المذهب . واختاره القاضى ، وأصحابه .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : وهو الأشبه ، واختيار أكثر الأصحاب ، والمنصور عندهم فى الخلاف .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمختار المعمول به من الروايتين .

وعنه يشترط أن يخرجه عن يده . قطع به أبو بكر ، وابن أبى موسى فى كتابيهما . وقدمه الحارثى فى شرحه ، واختاره .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والقواعد الفقهية .

ويأتى التنبيه على هذا أيضاً عند قول المصنف « والوقف عقد لازم » .

قال فى الفرع ، ورأيت بعضهم قال : قال القاضى فى خلافه : لا يختلف مذهبه : أنه إذا لم يكن بصرفه فى مصارفه : ولم يخرجه عن يده : أنه يقع باطلا . انتهى .

فعلى القول بالاشتراط : فالمعتبر عند الإمام أحمد رحمه الله : التسليم إلى ناظر يقوم به . قاله الحارثى .

وقال : وبالجملة . فالمساجد والقناطر والآبار ونحوها يكفى التخلية بين الناس وبينها من غير خلاف .

قال : والقياس يقتضى التسليم إلى المعين الموقوف عليه إذا قيل بالانتقال إليه . وإلا فإلى الناظر أو الحاكم . انتهى .

وعلى القول بالاشتراط أيضا : لو شرط نظره لنفسه : سلمه لغيره ، ثم ارتجعه منه . قاله فى الفروع .

قال الحارثى : وأما التسليم إلى من ينصبه هو ، فالمنصوب : إما غير ناظر . فوكيل محض يده كيده ، وإما ناظر : فالنظر لايجب شرطه لأجنبى . فالتسليم إلى الغير غير واجب . انتهى .

قلت : وهذا هو الصواب .

فائدة : إذا قلنا بالاشتراط . فهل هو شرط لصحة الوقف ، أو للزومه ؟

ظاهر كلام جماعة ـ منهم : صاحب الكافى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم ـ : أنه شرط للزوم ، لاشرط للصحة . ويحتمله كلام المصنف .

وصرح به الحارثى : فقال : وليس شرطا فى الصحة ، بل شرط للزوم .

وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وصرح به أبو الخطاب فى انتصاره ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . قاله فى القاعدة التاسعة والأربعين .

فعلى هذا : قال ابن أبى موسى والسامرى ، وصاحب التلخيص ، والفائق ، وغيرهم : إن مات قبل إخراجه وحيازته : بطل . وكان ميراثا .

قاله الحارثى : وغيره .

قلت : وفيه نظر ، بل الأولى هنا : اللزوم بعد الموت .

وظاهر كلام المصنف هنا : أن الخلاف فى صحة الوقف . وصرح به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . فقالوا : هل يشترط فى صحة الوقف إخراجه عن يد الواقف ؟ على روايتين .

قال فى الخلاصة : لايشترط فى صحة الوقف إخراجه عن يده .

قوله ﴿ وَيَمْلِكُ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ الوَقْفَ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

قال المصنف وغيره : هذا ظاهر المذهب .

وقطع به القاضى ، وابنه ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن بكروس وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

« وَعَنْهُ لاَ يَمْلِكُهُ » بل هو ملك لله . وهو ظاهر اختيار ابن أبى موسى ، قياساً على العتق قاله الحارثى .

قال الحارثى : و به أقول .

وعنه ملك للواقف . ذكرها أبو الخطاب ، والمصنف .

قال الحارثى : ولم يوافقهما على ذلك أحد من متقدمى أهل المذهب ، ولا متأخريهم . انتهى .

وقد ذكرها من بعدهم من الأصحاب . كصاحب الفروع ، والزركشى ، وغيرهم .

قال ابن رجب فى فوائده : وعلى رواية « أنه لا يملكه » فهل هو ملك للواقف أو لله ؟ فيه خلاف .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة .

منها : ماذكره المصنف هنا .

فمنها : لو وطىء الجارية الموقوفة . فلا حد عليه ولا مهر . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : ويتجه أن ينبنى على الملك إن جعلناه له : فلا حد ، و إلا فعليه الحد .

قال : وفى المغنى وجه بوجوب الحد فى وطء الموصى له بالمنفعة .

قال : لأنه لا يملك إلا المنفعة . فلزمه كالمستأجر .

قال الحارثى : فيطرد الحد هنا ، على القول بعدم الملك ، إلا أن يَدَّعى الجهل ومثله يجهله .

ومنها : قوله ﴿ وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَشْتَرِي بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ . وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدِهِ تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ﴾ .

يعنى تصير أم ولد إن قلنا : هى ملك له . وإن قلنا : لايملكها : لم تَصِرْ أم ولد . وهى وقف بحالها .

قوله ﴿ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ﴾ .

يعنى قيمة الولد . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويحتمل أن لايلزمه قيمة الولد إذا أولدها .

وعزاه فى المستوعب والتلخيص إلى اختيار أبى الخطاب .

قوله ﴿ وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِى تَرِكَتِهِ ، يَشْتَرِى بِهَا مِثْلَهَا تَكُونُ وَقْفاً ﴾ .

هذا المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : تصرف قيمتها للبطن الثانى ، إن تلقى الوقف من واقفه . ذكره فى الرعاية ، والفروع . وقال : فدل على خلاف .

وقال فى المجرد ، والفصول ، والمغنى ، والقواعد الفقهية ، وغيرهم : البطن الثانى يتلقونه من واقفه ، لامن البطن الأول .

وصححه الطوفى فى قواعده .

فلهم اليمين مع شاهدهم . لثبوت الوقف ، مع امتناع بعض البطن الأول منها .

قال فى الفائق : وهل يتلقى البطن الثانى الوقف من البطن الذى قبله ، أو من الواقف ؟ فيه وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَهَا أَجْنَبِيٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ : فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ

المَهْرُ لِأَهْلِ الوَقْفِ وَقِيمَةُ الوَلَدِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، يَشْتَرِى بِهِمَا مِثْلَهُمَا ﴾ .

يعنى يشترى بقيمة الولد وقيمة أمه إذا تلفت .

الصحيح من المذهب : أنه يشترى بهما مثلها إن بلغ ، أو شقصاً إن لم يبلغ .

وعليه جماهير الأصحاب ، منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف .

« وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيمَةَ الوَلَدِ هَهنا » .

يعنى يملك الموقوف عليه قيمة الولد هنا ، على هذا الاحتمال .

واختاره أبو الخطاب . قاله فى المستوعب ، والتلخيص . وهو احتمال فى الهداية .

فائدة : لو أتلفها إنسان : لزمه قيمتها ، يشترى بها مثلها .

وإن حصل الإتلاف فى جزء بهـا ـ كقطع طرف مثلا ـ فالصحيح : أنه يُشترى بأرشها شقص يكون وقفاً . قاله الحارثى . وجزم به المصنف ، والشارح .

وقيل : يكون للموقوف عليه . وهما احتمان مطلقان فى التلخيص .

وإن جنى عليها من غير إتلاف : فالأرش للموقوف عليه . قاله فى التلخيص ، وغيره .

فائدة أخرى : لو قتل الموقوفَ عبد مكافئ .

فقال فى المغنى : الظاهر أنه لا يجب القصاص . لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه . فلم يجز أن يقتص منه قاتله . كالعبد المشترك . انتهى .

قال الحارثى : وتحرير قوله فى المغنى : أن العبد الموقوف مشترك بين الملاك . ومن شرط استيفاء القصاص : مطالبة كل الشركاء ، وهو متعذر

قال : وفيه بحث ـ وذكره ـ ومال إلى وجوب القصاص .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف هنـا : وقفية البدل بنفس الشراء ، لاستدعاء

البدلية ثبوت حكم الأصل لا البدل . وهو الصحيح من الوجهين . وقطع به فى التلخيص ، والرعاية .

وظاهر كلام الخرقي وغيره : أنه لا بد من إنشاء عقد الوقف .

فإنه قال : وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئاً : بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ، وجعل وقفاً كالأول .

قال الحارثى : وكذا نص أبو عبد الله ـ رحمه الله ـ فى رواية بكر بن محمد . قال : وبهذا أقول .

ويأتى فى آخر بيع الوقف بأتم من هذا . وكلام الزركشى وغيره .

ومن فوائد الخلاف : قول المصنف « وله تَزْوِيجُ الجارِيَة » .

يعنى إذا قلنا : يملكُ الموقوفُ عليه الوقفَ .

وعلى الرواية الثانية : يزوجها الحاكم .

وعلى الثالثة : يزوجها الواقف . قاله الزركشى، وابن رجب فى قواعده ، والحارثى لكن إذا زوج الحاكم اشترط إذن الموقوف عليه . قاله فى التلخيص ، وغيره . وهو واضح . وكذا إذا زوجها الواقف . قاله الزركشى من عنده .

قلت : هو مراد من لم يذكره قطعاً .

وقد طرده الحارثى فى الواقف والناظر ، إذا قيل بولايتهما .

وقيل : لا يجوز تزويجها بحال ، إلا إذا طلبته . وهو وجه فى المغنى .

قال فى الرعاية : ويحتمل منع تزويجها ، إن لم تطلبه .

قوله ﴿ وَوَلَدُهَا وقفٌ مَعَهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ ﴾ الموقوف عليه .

وهو اختيار لأبى الخطاب ، كما تقدم فى نظيره .

قال الحارثى : وهذا أشبه بالصواب . ونسب الأول إلى الأصحاب .

ويأتى : هل يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه ؟ فى الفوائد قريباً .

ومن الفوائد : قول المصنف ﴿ وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خَطَأً : فَالْأَرْشُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ﴾ .

يعنى إذا قلنا : إنه يملك الموقوف عليه . وهو المذهب .

وعلى الرواية الثانية : تكون جنايته فى كسبه . على الصحيح . قدمه فى الفروع والقواعد ، والمحرر .

وقيل : فى بيت المال . وهو رواية فى التبصرة . وضعفه المصنف . وقدمه فى الرعاية . وأطلقهما الزركشى .

وقيل : لا يلزم الموقوف عليه الأرش ، على القولين . قاله فى القواعد .

وأما على الرواية الثالثة : فيحتمل أن يجب على الواقف .

« وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي كَسْبِهِ » قاله الزركشى من عنده .

وقال الحارثى ـ بعد أن حكى الوجهين المتقدمين ـ : ولهم وجه ثالث ، وهو الوجوب على الواقف . قال : وفيه بحث .

تنبيه : هذا كله إذا كان الموقوف عليه معيناً .

أما إن كان غير معين ـ كالمساكين ونحوهم ـ فقال فى المغنى : ينبغى أن يكون الأرش فى كسبه . لأنه ليس له مستحق معين ، يمكن إيجاب الأرش عليه . ولا يمكن تعلقها برقبته ، فتعين فى كسبه .

قال : ويحتمل أن تجب فى بيت المال .

فائدة : حيث أوجبنا الفداء ، فهو أقل الأمرين من القيمة ، أو أرش الجناية ، اعتباراً بأم الولد .

تنبيه : فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ذكرها المصنف .

ومنها : لو كان الموقوف ماشية : لم تجب زكاتها ، على الثانية والثالثة . لضعف الملك . وتجب على الموقوف عليه على الأولى ، على ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، واختيار القاضى فى التعليق ، والمجد ، وغيرهما . وقدمه الزركشى .

قال الناظم :

* ولكن ليخرج من سواها و يمدد *

قلت : فيعايى بها .

وقيل : لاتجب مطلقاً لضعف الملك . اختاره صاحب التلخيص وغيره . وقاله القاضى ، وابن عقيل .

فأما الشجر الموقوف : فتجب الزكاة فى ثمره على الموقوف عليه . وجهاً واحداً . لأن ثمرته للموقوف عليه . قاله فى الفوائد .

قال الشيرازى : لا زكاة فيه مطلقاً . ونقله غيره رواية .

وتقدم الكلام على ذلك فى كتاب الزكاة عند قوله « ولا زكاة فى السائمة الموقوفة » بأتم من هذا . فليراجع .

ومنها : النظر على الموقوف عليه ، إن قلنا يملكه : ملك النظر عليه ، على مايأتى فى كلام المصنف . فينظر فيه هو مطلقاً ، أو وليه ، إن لم يكن أهلاً .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين .

وعلى الرواية الثانية : يكون النظر للحاكم .

وعلى الثالثة : للواقف . قاله الزركشى من عنده .

ومنها : هل يستحق الشفعة بشركة الوقف ؟ فيه طريقان .

أحدهما : البناء . فإن قيل : يملكه استحق به الشفعة ، و إلا فلا .

والطريق الثانى : الوجهان ، بناء على قولنا : يملكه . قاله المجد .

وهذا كله مفرع على المذهب فى جواز قسمة الوقف من الطلق .

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة : فلا شفعة . وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف فى قبول القسمة .

وتقدم ذلك فى باب الشفعة عند قول المصنف « ولا شفعة بشركة الوقف » .

ومنها : نفقة الحيوان الموقوف . فتجب حيث شرطت ، ومع عدم الشرط تجب فى كسبه ، ومع عدمه تجب على من الملكُ له . قاله فى التلخيص .

وقال الزركشى : من عنده . وعلى الثانية : تجب فى بيت المال ، وهو وجه . ذكره فى الفروع وغيره .

قال فى القواعد : وإن لم تكن له غلة فوجهان .

أحدهما : نفقته على الموقوف عليه .

والثانى : فى بيت المال .

فقيل : هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه .

وقد يقال بالوجوب عليه ، وإن كان الملك لغيره ، كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه . انتهى .

ومنها : لايجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه على الأولى . ويجوز على الثانية .

قلت : وعلى الثالثة .

قال فى القواعد : هذا البناء ذكره فى التلخيص وغيره .

قال : وفيه نظر . فإنه يملك منفعة البُضْع على كلا القولين . ولهذا يكون المهر له . انتهى .

قال الحارثى ، فعلى الأولى : لو وُقفت عليه زوجته انفسخ النكاح . لوجود الملك .

ومنها : لو سرق الوقف أو نماءه . فعلى الأولى : يقطع على الصحيح . وقيل : لا يقطع . وإن قلنا : لايملكه : لم يقطع ، على الصحيح . وقيل : يقطع .

ومحل ذلك كله : إذا كان الوقف على معين .

ومنها : وجوب إخراج زكاة الفطر على الموقوف عليه على الأولى . على الصحيح . وقيل : لاتجب عليه .

وأما إذا اشْتُرِى عبد من غلة الوقف لخدمة الوقف . فإن الفطرة تجب قولا واحداً . لتمام التصرف فيه . قاله أبو المعالى .

ويعايى بمملوك لا مالك له . وهو عبدٌ وقف على خدمة الـكعبة . قاله ابن عقيل فى المنثور .

ومنها : لو زرع الغاصب أرض الوقف . فعلى الأولى : للموقوف عليه التملك بالنفقة ، وإلا فهو كالمستأجر ومالك المنفعة . فيه تردد . ذكره فى الفوائد من القواعد .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . ثُمَّ عَلَى المسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ عَلَى الآخَرِيْن ﴾ .

وكذا لو رد . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر الحارثى فى شرحه وجهين آخرين .

أحدهما : الصرف مدة بقاء الآخرين مصرف الوقف المنقطع . لسكوته عن المصرف فى هذه الحالة .

والوجه الثانى : الانتقال إلى المساكين . لاقتضاء اللفظ له . فإن مقتضاه : الصرف إلى المساكين بعد انقراض مَنْ عَيَّن . فصرفُ نصيب كل منهم عند انقراضه إلى المساكين : داخل تحت دلالة اللفظ ، ورجحه على الذى قبله .

فوائد

إحداها : لو وقف على ثلاثة ، ولم يذكر له مآلا . فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع ، كما لو ماتوا جميعاً . قاله الحارثى .

وقال : على ما فى الـكتاب يصرف إلى من بقى .

وقطع به فى القاعدة الخامسة عشر بعد المائة . وكذا الحـكم لو رد بعضهم . قاله فيها أيضاً .

الثانية : لو وقف على أولاده ، ثم على أولادهم ، ثم على الفقراء . فالصحيح من المذهب : أن هذا ترتيب جملة على مثلها . لايستحق البطن الثانى شيئاً قبل انقراض الأول . قدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : هذا المعروف عند الأصحاب . وهو الذى ذكره القاضى ، وأصحابه ، ومن اتبعهم . فيكون من باب توزيع الجملة .

وقيل : ترتيب أفراد . فيستحق الولد نصيب أبيه بعده . فهو من ترتيب الأفراد بين كل شخص وأبيه . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

قال فى الانتصار ، عند شهادة الواحد بالهلال : إذا قوبل جمع بجمع : اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد لغة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فعلى هذا : الأظهر استحقاق الولد ، وإن لم يستحق أبوه .

وقال : الأظهر أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين ، ثم على أولادهما ، وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطنا بعد بطن ـ : أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ، ثم ولد ولده .

وقال : من ظن أن الوقف كالإرث . فإن لم يكن أبوه أخذ شيئاً لم يأخذ هو : فلم يقله أحد من الأئمة ، ولم يدر ما يقول .

ولهذا : لو انتفت الشروط فى الطبقة الأولى ، أو بعضهم : لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم إجماعاً ، ولا فرق . انتهى .

قال فى الفروع : وقول الواقف « من مات فنصيبه لولده » يعم ما استحقه ومايستحقه مع صفة الاستحقاق ـ استحقه أو لا ، تـكثيراً للفائدة ، واصدق الإضافة

بأدنى ملابسة . ولأنه بعد موته لا يستحقه . ولأنه المفهوم عند العامة الشارطين ، ويقصدونه . لأنه يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد . ولأن فى صورة الإجماع ينتقل مع وجود المانع إلى ولده ، لكن هنا : هل يعتبر موت الوالد ؟ يتوجه الخلاف . وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم . خرج مخرج الغالب ، وقد تناوله الوقف على أولاده ، ثم أولادهم .

قال فى الفروع : فعلى قول شيخنا : إن قال « بطنا بعد بطن » ونحوه : فترتيب جملة ، مع أنه محتمل .

فإن زاد الواقف « على أنه إن توفى أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء فى حياة والده ، وله ولد ، ثم مات الأب عن أولاد لصلبه ، وعن ولد ولده الذى مات أبوه قبل استحقاقه . فله معهم ما لأبيه لو كان حيا » فهو صريح فى ترتيب الأفراد .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً ـ فيما إذا قال « بطنا بعد بطن » ولم يزد شيئاً ـ هذه المسألة فيها نزاع . والأظهر : أن نصيب كل واحد ينتقل إلى ولده ، ثم إلى ولد ولده ، ولا مشاركة انتهى .

الثالثة : لو كان له ثلاث بنين . فقال « وقفت على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد ولدى » كان الوقف على المسمين وأولادهما وأولاد الثالث ، ولا شىء للثالث . ذكره المصنف مختاراً له . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح . ونصراه . وهو ظاهر ما قدمه فى الفائق . وقواه شيخنا فى حواشيه . وصححه الحارثى .

وقال القاضى ، وابن عقيل : يدخل الابن الثالث .

ونقله حرب ، وقدمه الحارثى . فقال : فالمنصوص دخول الجميع .

وقال فى القاعدة الثانية والعشرين بعد المائة : ويتخرج وجه بالاختصاص بولد من وقف عليهم ، اعتباراً بآبائهم .

وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال « وقفت على ولدىَّ فلان وفلان ، ثم على الفقراء » هل يشمل ولد ولده أم لا ؟ .

وقيل : يشمله هنا . ذكره المصنف احتمالا من عنده .

الرابعة : لو وقف على فلان . فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين : كان ـ بعد موت فلان ـ لأولاده . ثم من بعدهم للمساكين . اختاره القاضى ، وابن عقيل وقدمه فى الكافى .

وقيل : يصرف ـ بعد موت فلان ـ مصرف المنقطع ، حتى ينقرض أولاده . ثم يصرف على المساكين .

الخامسة : لو وقف على أولاده ، وأولاد أولاده : اشتركوا حالا . ولو قال فيه « على أن من توفى عن غير ولد فنصيبه لذوى طبقته » كان للاشتراك أيضاً فى أحد الوجهين .

قلت : وهو أولى .

قال فى القواعد : وقد زعم المجد : أن كلام القاضى فى المجرد يدل على أنه يكون مشتركا بين الأولاد ، وأولادهم . ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته .

قال : وليس فى كلام القاضى مايدل على ذلك لمن راجعه وتأمله .

والوجه الثانى : يكون للترتيب بين كل ولد وأبيه .

قال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وذكره ، وأطلقهما فى الفائق .

ولو رتب بقوله « الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو البطن الأول ثم الثانى » فهذا ترتيب جملة على مثلها . لا يستحق البطن الثانى شيئا قبل انقراض الأول . قاله فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : وكذا قوله « قرنا بعد قرن » .

ولو قال بعد الترتيب بين أولاده « ثم على أنسالهم وأعقابهم » فهل يستحقه أهل العقب مرتبا ، أو مشتركا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفائق .

قلت : الصواب الترتيب .

ولو رتب بين أولاده وأولادهم بـ « ثم » ثم قال « ومن توفى عن ولد فنصيبه لولده » استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه .

ولو قال « على أولادى ، ثم على أولاد أولادى ، على أنه من توفى منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته » استحق كل ولد نصيب أبيه بعده ، كالتى قبلها .

قال فى الفائق : ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره . انتهى .

وهما ينزعان إلى أصل المسألة المتقدمة .

وقد تقدم كلام الشيخ تقى الدين فيها .

قلت : هذه المسألة أولى بالصحة .

وقد وافق الشيخ تقى الدين رحمه الله على ذلك كثير من العلماء من أرباب المذهب . وجعلوه من تخصيص العموم بالمفهوم . وهو أظهر .

وصنف الشيخ تقى الدين فى ذلك مصنفا حافلا خمس كراريس .

ولو قال « ومن مات عن ولد فنصيبه لولده » فالصحيح من المذهب : أنه يشمل النصيب الأصلى والعائد ، مثل أن يكون ثلاث إخوة . فيموت أحدهم عن ولد . ويموت الثانى عن غير ولد . فنصيبه لأخيه الثالث .

فإذا مات الثالث عن ولد : استحق جميع ما كان فى يد أبيه من الأصلى والعائد إليه من أخيه . وقدمه فى الفروع .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يشمل النصيب الأصلى ، ويشترك ولد الميت الأول وولد الميت الثالث فى النصيب العائد إلى أخيه . لأن والديهما لو كانا حيين لاشتركا فى العائد . فكذا ولدهما .

قلت : وهو الصواب .

ولو قال « ومن توفى عن غير ولد : فنصيبه لأهل درجته » وكان الوقف مرتباً بالبطون ، كان نصيب الميت عن غير ولد : لأهل البطن الذى هو منه .

ولو كان مشتركا بين أهل البطون : عاد إلى جميع أهل الوقف فى أحد الوجهين .

قلت : وهو الصواب . فوجود هذا الشرط كعدمه .

والوجه الثاني : يختص البطن الذى هو منه . فيستوى فيه إخوته و بنو عمه و بنو بنى عم أبيه . لأنهم فى القرب سواء . قدمه فى النظم .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والفروع ، والحاوى الصغير .

فإن لم يوجد فى درجته أحد : فالحكم كما لو لم يذكر الشرط . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

ولو كان الوقف على البطن الأول ، على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ، و إن مات عن غير ولد : انتقل نصيبه إلى من فى درجته . فمات أحدهم عن غير ولد ، فقيل : يعود نصيبه إلى أهل الوقف كلهم ، و إن كانوا بطونا . وحكم به التقى سليمان . وهو الصواب .

وقيل : يختص أهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف حالا أو قوة ، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة . فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثانى عن ابنين . فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عَمّه ، وَعَمَّه وابناً لعمه الحى . فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه الميت وابن عمه الحى . ولا يستحق العم شيئا .

وقيل : يختص أهل بطنه فى أهل الوقف المتناولين له فى الحال .

فعلى هذا : يكون لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه . ولا شىء لعمه الحى ولا لولده .

وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ذوو طبقته : إخوته ، و بنو عمه ، ونحوهم . ومن هو أعلى منه : عمومته ، ونحوهم . ومن هو أسفل منه : ولده ، وولد إخوته وطبقتهم .

ولا يستحق من فى درجته من غير أهل الوقف بحال . كمن له أربع بنين .

وقف على ثلاثة ، وترك الرابع . فمات أحد الثلاثة عن غير ولد : لم يكن للرابع فيه شيء . لأنه ليس من أهل الاستحقاق . قاله الأصحاب .

وإذا شرطه لمن فى درجة المتوفى عند عدم ولده : استحقه أهل الدرجة حالة وفاته . وكذا من سيوجد منهم فى أصح الاحتمالين .

قال فى الفائق : هذا أقوى الاحتمالين .

قال : ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين – يعنى : الشارح – والنووى

قال ابن رجب فى قواعده : يخرج فيه وجهان . قال : والدخول هنا أولى .

وبه أفتى الشيخ شمس الدين .

قال : وعلى هذا ، لو حدث من هو أعلى من الموجودين ، وكان فى الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى : فإنه ينتزعه منهم . قاله فى القاعدة السابعة بعد المائة .

السادسة : لو قال « على أولادى ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط . ثم نسلهم وعقبهم ، ثم الفقراء . على أن من مات منهم ، وترك ولداً وإن سفل : فنصيبه له . فمات أحد الطبقة الأولة ، وترك بنتاً ، فماتت ولها أولاد »

فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ما استحقته قبل موتها : فهو لهم .

قال فى الفروع ، ويتوجه : لا . انتهى .

ولو قال « ومن مات عن غير ولد ، وإن سفل : فنصيبه لإخوته . ثم نسلهم ، وعقبهم » عم من لم يعقب ومن أعقب ، ثم انقطع عقبه ، لأنه لايقصد غيره . واللفظ يحتمله . فوجب الحمل عليه قطعاً . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفروع : ويتوجه نفوذ حكمه بخلافه .

السابعة : لو اجتمع صفتان أو صفات فى شخص واحد . فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص . على المشهور من المذهب . فيتعدد الاستحقاق بها ، كالأعيان . قاله فى القاعدة التاسعة عشر بعد المائة .

وله نظائر فى الوصايا ، والفرائض ، والزكاة . فكذلك الوقف .

وأفتى به العلامة ابن رجب أيضاً . ورد قول المخالف فى ذلك .

وقيل : لايتعدد الاستحقاق بذلك .

و يأتى قريباً من ذلك فى الفائدة السادسة من الفوائد الآتية قريبا .

الثامنة : إذا تعقب الشرط جملا : عاد إلى الكل . على الصحيح من المذهب .

وقد ذكر المصنف فى المغنى وجهين ، فى قوله « أنت حرام . ووالله لا أكلك إن شاء الله تعالى » انتهى .

والاستثناء كالشرط . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : لا . وقيل : والجمل من جنسٍ كالشرط .

وكذا مخصص : من صفة ، وعطف بيان ، وتوكيد ، و بدل ، ونحوه ، والجار والمجرور ، نحو « على أنه » أو « بشرط أنه » ونحو ذلك كالشرط . لتعلقه بفعل ، لا باسم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وعموم كلامهم : لا فرق بين العطف بواو وفاء وثم . وذلك لما تقدم . ذكر ذلك ابن عقيل وغيره .

التاسعة : لو وجد فى كتاب وقف « أن رجلا وقف على فلان وعلى بنى بنيه . واشتبه : هل المراد ببنى بنيه ، جمع ابن ، أو بنى بنته ، واحدة البنات ؟

فقال ابن عقيل فى الفنون : يكون بينهما عندنا . لتساويهما ، كما فى تعارض البينات .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هـذا من تعارض البينتين ، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة . ولو كان من تعارض البينتين . فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة . و إلا فالصحيح : إما التساقط و إما القرعة . فيحتمل أن يقرع هنا . و يحتمل أن يرجح بنو البنين . لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنتيه لا يخص منهما الذكور ، بل يعم أولادهما ، بخلاف الوقف على ولد الذكور . فإنه

يخص ذكورهم كثيراً ، كآبائهم . ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها ، أو لشرَّك بين ولدها وولد سائر بناته .

قال : وهذا أقرب إلى الصواب .

وأفتى أيضاً رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده ـ وله عدة أولاد ـ وجهل اسمه : أنه يميز بالقرعة .

قوله ﴿ وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ . وَفِي النَّاظِرِ فِيهِ ، وَالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ ﴾ .

وكذا لو شرط عدم إيجاره ، أو قدر مدة . قاله الأصحاب .

وقال الحارثى : وعن بعضهم : جواز زيادة مدة الإجارة على ماشرطه الناظر بحسب المصلحة .

قال : وهو يحتاج عندى إلى شىء من تفصيل .

فقوله « يرجع فى قسمه » أى فى تقدير الاستحقاق .

و « التقديم » البداءة ببعض أهل الوقف دون بعض . كوقفت على زيد وعمرو وبكر . ويبدأ بالدفع إلى زيد ، أو وقفت على طائفة كذا . ويبدأ بالأصلح ، أو الأفقه .

و « التأخير » عكس ذلك . وإذا أضيف تقدير الاستحقاق : كان للمؤخر مافضل ، وإن لم يفضل شىء سقط .

و « الجمع » جمع الاستحقاق مشتركا فى حالة واحدة .

و « الترتيب » جعل استحقاق بطن مرتباً على آخر ، كما تقدم .

و « الترتيب » مع « التقديم والتأخير » متحد معنى ، لكن المراد فى صورة

التقديم بقاء أصل الاستحقاق للمؤخر ، على صفة أن له مافضل و إلا سقط . وفى صورة الترتيب : عدم[١] استحقاق المؤخر مع وجود المقدم .

و « التسوية » جعل الريع بين أهل الوقف متساوياً .

و « التفضيل » جعله متفاوتا .

ومعنى « الإخراج بصفة » و « الإدخال بصفة » جعل الاستحقاق والحرمان مرتبا على وصف مشترط .

فترتب الاستحقاق : كالوقف على قوم بشرط كونهم فقراء أو صلحاء .

وترتب الحرمان أن يقول : ومن فسق منهم ، أو استغنى فلا شيء له .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن الشرط المباح الذى لا يظهر قصد القربة منه : يجب اعتباره فى كلام الواقف .

قال الحارثى : وهو ظاهر كلام الأصحاب . والمعروف فى المذهب : الوجوب .

قال : وهو الصحيح .

وقال فى الفائق ، وقال شيخنا ـ يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ يخرج من شرط كونه قربة : اشتراط القربة فى الأصل يُلزم الشروط المباحة . انتهى .

وقال فى الفروع : واختار شيخنا ـ يعنى به الشيخ تقى الدين ـ لزوم العمل بشرط مستحب خاصة .

وذكره صاحب المذهب . لأنه لاينفعه ، ويُعذَّر عليه ، فبذل المال فيه سفه ، ولا يجوز . انتهى .

قال الحارثى : ومن متأخرى الأصحاب من قال : لايصح اشتراطه ـ يعنى المباح ـ فى ظاهر المذهب . وعلله . قال : وهذا له قوة ، على القول باعتبار القربة فى أصل الجهة ، كما هو ظاهر المذهب .

وإياه أراد بقوله « فى ظاهر المذهب » فيما أرى .

---

(١) ضاع هنا ورقه من نسخة المصنف .

ويؤيده من نص الإمام أحمد ـ وذكر النص فى الوصية . انتهى .

والظاهر : أنه أراد بقوله « من متأخرى الأصحاب » الشيخ تقى الدين رحمه الله . وكان فى زمنه .

وفى كلام صاحب الفروع إيماء إلى ذلك .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : من قَدَّر له الواقف شيئاً . فله أكثر منه إن استحقه بموجب الشرع .

وقال أيضاً : الشرط المكروه باطل اتفاقاً .

فائدة : لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة : تخصصت . وكذلك الرباط والخانقاة والمقبرة . وهذا المذهب . جزم به فى التلخيص ، وغيره وصححه الحارثى وغيره .

قال الحارثى : وذكر بعض شيوخنا فى كتابه احتمالا بعدم الاختصاص .

وأما المسجد : فإن عين لإمامته شخصاً : تعين . وإن خصص الإمامة بمذهب : تخصصت به ، مالم يكن فى شىء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها ، سواء كان لعدم الاطلاع ، أو لتأويل ضعيف .

وإن خصص المصلين فيه بمذهب ، فقال فى التلخيص : يختص بهم على الأشبه . لاختلاف المذاهب فى أحكام الصلاة .

قال الحارثى : وقال غير صاحب التلخيص ، من متأخرى الأصحاب : يحتمل وجهين . وقوى الحارثى عدم الاختصاص .

قلت : وهو الصواب .

قال فى الفائق ، قلت : واختار ابن هبيرة عدم الاختصاص فى المسجد بمذهب فى الإمام .

قال فى الفروع ، وقيل : لا تتعين طائفة وقف عليها مسجد أو مقبرة . كالصلاة فيه .

وقال أبو الخطاب : يحتمل إن عين من يصلى فيه من أهل الحديث ، أو تدريس العلم : اختص . وإن سلم ، فلأنه لا يقع التزاحم بإشاعته ، ولو وقع : فهو أفضل . لأن الجماعة تراد له .

وقيل : تمنع التسوية بين فقهاء ، كمسابقة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قول الفقهاء « نصوص الواقف كنصوص الشارع » يعنى فى الفهم والدلالة ، لا فى وجوب العمل ، مع أن التحقيق : أن لفظه ، ولفظ الموصى ، والحالف ، والناذر ، وكل عاقد : يحمل على عادته فى خطابه ، ولغته التى يتكلم بها ، وافقت لغة العرب أو لغة الشارع . أم لا .

قال : والشروط إنما يلزم الوفاء بها . إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعى . ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها .

قال : ومن شرط فى القربات : أن يقدم فيها الصنف المفضول : فقد شرط خلاف شرط الله . كشرطه فى الإمامة تقديم غير الأعلم ، والناظر منفذ لما شرطه الواقف . انتهى .

وإن شرط أن لا ينزل فاسق ، ولا شرير ، ولا متجوه ، ونحوه : عمل به . وإلا توجه أن لا يعتبر فى فقهاء ونحوهم .

وفى إمام ومؤذن الخلاف .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلامهم ، وكلام شيخنا فى موضع .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : لايجوز أن ينزل فاسق فى جهة دينية ، كمدرسة وغيرها مطلقاً . لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته . فكيف ينزل ؟

وقال أيضاً : إن نزل مستحق تنزيلا شرعياً : لم يجز صرفه بلاموجب شرعى انتهى .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو حكم حاكم بمحضر ـ كوقف فيه شروط ـ ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت : وجب ثبوته ، والعمل به إن أمكن .

وقال أيضاً : لو أقر الموقوف عليه : أنه لا يستحق فى هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً . ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر : حكم له بمقتضى شرط الواقف . ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم . انتهى .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِخْرَاجُ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ ، وَإِدْخَالُهُ بِصِفَةٍ ﴾ . أن الواقف لو شرط للناظر إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف ، وإدخال غيره بصفة منهم : جاز . لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف . وإنما هو تعليق الاستحقاق بصفة . فكأنه جعل له حقاً فى الوقف إذا اتصف بإرادة الناظر ليعطيه ، ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه .

وإن شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويدخل من شاء من غيرهم : لم يصح . لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف . فأفسده ، كما لو شرط أن لا ينتفع به .

قال ذلك المصنف ومن تابعه . وقدمه فى الفروع .

وقال الحارثى : فرق المصنف بين المسألتين ،قال : والفرق لايتجه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كل متصرف بولاية إذا قيل له « يفعل مايشاء » فإنما هو لمصلحة شرعية ، حتى لو صرح الواقف بفعل مايهواه ، وما يراه مطلقا : فشرط باطل . لمخالفته الشرع . وغايته : أن يكون شرطاً مباحاً . وهو باطل . على الصحيح المشهور ، حتى لو تساوى فعلان عمل بالقرعة .

وإذا قيل هنا بالتخيير : فله وجه .

فوائد

الأولى : يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له . على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة . قدمه فى الفروع وغيره . وقطع به أكثرهم ، وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز تغيير شرط الواقف إلى ماهو أصلح

منه . و إن اختلف ذلك باختلاف الأزمان . حتى لو وقف على الفقهاء ، والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد : صرف إلى الجند .

وقيل : إن سبّل ماء للشرب جاز الوضوء منه .

قال فى الفروع : فشربُ ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه ، وأولى .

وقال : الأحرى فى الفرس الحبيس : لايعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس . ولا ينبغى أن يركبه فى حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعة لهم ، أو غيظ للعدو .

وتقدم وجه بتحريم الوضوء من ماء زمزم .

قال فى الفروع : فعلى نجاسة المنفصل واضح .

وقيل : لمخالفة شرط الواقف : أنه لو سبّل ماء للشرب ، فى كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان فى فتاوى ابن الزاغونى وغيرها .

وعنه : يجوز إخراج بُسُط المسجد وحصره لمن ينتظر الجنازة .

وأما ركوب الدابة لعلفها وسقيها : فيجوز . نقله الشالنجى . وجزم به فى الفروع وغيره .

الثانية : إذا شرط الواقف لناظره أجرة : فكُلْفته عليه حتى تبقى أجرة مثله . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

وقال المصنف ومن تبعه : كلفته من غلة الوقف .

قيل للشيخ تقى الدين رحمه الله : فله العادة بلا شرط ؟ فقال : ليس له إلا مايقابل عمله .

وتقدم فى باب الحجر : إذا لم يشرط الواقف للناظر أجرة ، هل له الأخذ أم لا ؟

الثالثة : قال الحارثى : إذا أسند النظر إلى اثنين لم يتصرف أحدهما بدون شرط .

وكذا إن جعله الحاكم أو الناظر إليهما .

وأما إذا شرطه لكل واحد من اثنين : استقل كل منهما بالتصرف لاستقلال كل منهما بالنظر .

وقال فى المغنى : إذا كان الموقوف عليه ناظراً ـ إما بالشرط ، و إما لانتفاء ناظر مشروط ـ وكان واحداً : استقل به . و إن كانوا جماعة : فالنظر للجميع . كل إنسان فى حصته . انتهى .

قال الحارثى : والأظهر أن الواحد منهم فى حالة الشرط لايستقل بحصته ، لأن النظر مسند إلى الجميع . فوجب الشركة فى مطلق النظر . فما من نظر إلا وهو مشترك .

و إن أسنده إلى عدلين من ولده ، فلم يوجد إلا واحد ، أو أبى أحدهما ، أو مات : أقام الحاكم مقامه آخر . لأن الواقف لم يرض بواحد .

و إن جعل كلا منهما مستقلا : لم يحتج إلى إقامة آخر . لأن البدل مستغنى عنه ، واللفظ لايدل عليه .

و إن أسنده إلى الأفضل فالأفضل من ولده ، وأبى الأفضل القبول : فهل ينتقل إلى الحاكم مدة بقائه ، أو إلى من يليه ؟ فيه الخلاف الذى فيما إذا رد البطن الأول ، على ما تقدم . قاله الحارثى .

قلت : وهى قريبة مما إذا عَضَل الولىُّ الأقرب : هل تنتقل الولاية إلى الحاكم أو إلى من يليه من الأولياء ؟ على مايأتى فى كلام المصنف فى أركان النكاح .

و إن تعين أحدهم لفضله ، ثم صار فيهم من هو أفضل منه : انتقل إليه لوجود الشرط فيه .

الرابعة : لو تنازع ناظران فى نصب إمامة ـ نصَبَ أحدهما زيداً والآخر عمراً ـ إن لم يستقلا : لم تنعقد الولاية . لانتفاء شرطها . و إن استقلا وتعاقبا : انعقدت للأسبق . و إن اتحدا واستوى المنصوبان : قدم أحدهما بالقرعة .

الخامسة : يشتمل على أحكام جمة من أحكام الناظر .

إذا عزل الواقف مَنْ شَرَط النظرَ له : لم ينعزل ، إلا أن يشرط لنفسه ولاية العزل . قطع به الحارثى ، وصاحب الفروع .

ولو مات هذا الناظر فى حياة الواقف : لم يملك الواقف نصب ناظر بدون شرط . وانتقل الأمر إلى الحاكم .

وإن مات بعد وفاة الواقف : فكذلك بلا نزاع .

وإن شرط الواقف النظر لنفسه . ثم جعله لغيره ، أو فوضه إليه ، أو أسنده : فهل له عزله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : له عزله . قدمه فى الرعاية الكبرى . فقال : وإن قال « وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيد » أو « على أن ينظر فيه » أو قال عقبه « جعلته ناظراً فيه » أو جعل النظر له : صح ، ولم يملك عزله .

وإن شرطه لنفسه . ثم جعله لزيد ، أو قال « جعلت نظرى له » أو « فوضت إليه ما أملكه من النظر » أو « أسندته إليه » فله عزله . ويحتمل عدمه . انتهى .

قال الحارثى : إذا كان الوقف على جهة لاتنحصر ــ كالفقراء والمساكين ــ أو على مسجد ، أو مدرسة ، أو قنطرة ، أو رباط ونحو ذلك . فالنظر للحاكم وجهاً واحداً .

وللشافعية وجه : أنه للواقف .

وبه قال : هلال الرأى من الحنفية .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

فعليه : له نصب ناظر من جهته ، ويكون نائباً عنه . يملك عزله متى شاء . لأصالة ولايته .

فكان منصوبه نائباً عنه ، كما فى الملك المطلق .

وله الوصية بالنظر لأصالة الولاية ـ إذا قيل : بنظره له ـ أن ينصب و يعزل أيضاً كذلك . انتهى .

والوجه الثاني : ليس له عزله . وهو الاحتمال الذى فى الرعاية .

وللناظر بالأصالة أن يعزل و ينصب أيضاً بشرطه .

والمراد بالناظر بالأصالة : الموقوف عليه ، أو الحاكم . قاله القاضى محب الدين ابن نصر الله .

وأما الناظر المشروط : فليس له نصب ناظر . لأن نظره مستفاد بالشرط . ولم يشرط النصب له .

و إن قيل : برواية توكيل الوكيل : كان له بالأولى . لتأكد ولايته من جهة انتفاء عزله بالعزل .

وليس له الوصية بالنظر أيضاً . نص عليه فى رواية الأثرم . لأنه إنما ينظر بالشرط . ولم يشرط الإيصاء له ، خلافاً للحنفية .

ومن شرط لغيره النظر إن مات ، فعزل نفسه أو فسق ، فهو كموته . لأن تخصيصه للغالب . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفروع : و يتوجه لا .

وقال : ولو قال « النظر بعده له » فهل هو كذلك ، أو المراد بعد نظره ؟ يتوجه وجهان . انتهى .

وللناظر التقرير فى الوظائف .

قال فى الفروع : قاله الأصحاب فى ناظر المسجد .

قال الحارثى : المشروط له نظر المسجد : له نصب من يقوم بوظائفه ـ من إمام ، ومؤذن ، وقيِّم ، وغيرهم ـ كما أن لناظر الموقوف عليه : نصب من يقوم بمصلحته . من جابٍ ونحوه .

و إن لم يُشْرَط ناظر : لم يكن للواقف ولاية النصب . نص عليه فى رواية ، وابن بختان .

قال الحارثى : و يحتمل خلافه على ما تقدم .

فعلى الأول : للإمام ولاية النصب . لأنه من المصالح العامة .

وقال فى الأحكام السلطانية : إن كان المسجد كبيراً ــ كالجوامع ، وماعظم وكثر أهله ــ فلا يؤم فيها إلا من ندبه السلطان . و إن كان من المساجد التى يبنيها أهل الشوارع والقبائل : فلا اعتراض عليهم . والإمامة فيها لمن اتفقوا عليه . وليس لهم بعد الرضى به عزله عن إمامته إلا أن يتغير .

قال الحارثى : والأصح أن للإمام النصب أيضاً ، لـكن لاينصب من لايرضاه الجيران . وكذلك الناظر الخاص لاينصب من لايرضونه .

وقال الحارثى أيضاً : وهل لأهل المسجد نصب ناظر فى مصالحه ووقفه ؟ ظاهر المذهب : ليس لهم ذلك ، كما فى نصب الإمام والمؤذن .

هذا إذا وجد نائب من جهة الإمام .

فأما إذا لم يوجد ــ كما فى القرى الصغار أو الأماكن النائية ــ أو وجد ، وكان غير مأمون ، أو يغلب عليه نصب من ليس مأموناً : فلا إشكال فى أن لهم النصب ، تحصيلا للغرض ، ودفعاً للمفسدة .

وكذا ماعداه من الأوقاف . لأهل ذلك الوقف ، أو الجهة : نصب ناظر فيه كذلك .

و إن تعذر النصب من جهة هؤلاء فلرئيس القرية أوالمكان النظر والتصرف . لأنه محل حاجة . ونص الإمام أحمد رحمه الله على مثله . انتهى .

قال فى الفروع : وذكر فى الأحكام السلطانية : أن الإمام يقرر فى الجوامع الـكبار ، كما تقدم . ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط .

ولا نظر لغير الناظر معه .

قال فى الفروع : أطلقه الأصحاب . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ويتوجه مع حضوره . فيقرر حاكم فى وظيفة خلت فى غيبته .

لما فيه من القيام بلفظ الواقف فى المباشرة ودوام نفعه . فالظاهر : أنه يريده .

ولا حجة فى تولية الأئمة مع البعد . لمنعهم غيرهم التولية .

فنظيره : منع الواقف التولية لغيبة الناظر .

ولو سبق تولية ناظر غائب قدمت .

وللحاكم النظر العام . فيفترض عليه إن فعل ما لا يسوغ .

وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمته ، يحصل به المقصود . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره .

وقال أيضاً : ومن ثبت فسقه ، أو أصرّ متصرفا بخلاف الشرط الصحيح ، عالماً بتحريمه : قدح فيه .

فإما أن ينعزل ، أو يعزل ، أو يضم إليه أمين ، على الخلاف المشهور .

ثم إن صار هو أو الوصى أهلا : عاد . كما لو صرح به ، وكالموصوف .

وقال أيضاً : متى فرّط : سقط مما له بقدر مافوته من الواجب . انتهى .

وقال فى التلخيص . لو عزل عن وظيفته للفسق ـ مثلا ـ ثم تاب ، وأظهر العدالة يتوجه أن يقال فيها ماقيل فى مسألة الشهادة أو أولى . لأن تهمة الإنسان فى حق نفسه ومصلحته أبلغ منها فى حق الغير .

والظاهر : أن مراده بالخلاف المشهور : ماذكره الأصحاب فى الموصى إليه إذا فسق : ينعزل أو يضم أمين ، على ما يأتى .

ويأتى بيان ذلك أيضاً قريباً فى الفائدة السابعة .

وقال فى الأحكام السلطانية : يستحق ماله إن كان معلوما . فإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ماقابله . وإن كان بجناية منه : استحقه . ولا يستحق الزيادة .

و إن كان مجهولا فأجرة مثله . فإن كان مقدراً فى الديوان وعمل به جماعة . فهو أجر المثل .

و إن لم يسم له شيئا . فقال فى الفروع : قياس المذهب : إن كان مشهوراً بأخذ الجارى على عمله ، فله جارى مثله ، و إلا فلا شىء له .

وله الأجر من وقت نظره فيه . قاله الأصحاب ، والشيخ تقى الدين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن أطلق النظر لحاكم : شمل أى حاكم كان ، سواء كان مذهبه مذهب حاكم البلد زمن الوقف أولا ، و إلا لم يكن له نظر إذا انفرد ، وهو باطل اتفاقا .

وقد أفتى الشيخ نصر الله الحنبلى ، والشيخ برهان الدين ـ ولد صاحب الفروع ـ فى وقف شرط واقفه « أن النظر فيه لحاكم المسلمين كائنا من كان » بأن الحكام إذا تعددوا يكون النظر فيه للسلطان . يوليه من شاء من المتأهلين لذلك .

ووافق على ذلك القاضى سراج الدين بن البلقينى ، وشهاب الدين الباعونى ، وابن الهائم ، والتفهنى الحنفى ، والبساطى المالـكى .

وقال القاضى نجم الدين بن حجى ـ نقلا ، وموافقة للمتأخرين ـ إن كان صادراً من الواقف قبل حدوث القضاة الثلاثة ، فالمراد : الشافعى . و إلا فهو الشافعى أيضاً على الراجح .

ولو فوضه حاكم لم يجز لآخر نقضه .

ولو ولى كل واحد منهما شخصاً قَدَّم ولىُّ الأمر أحقهما .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايجوز لواقف شرط النظر لذى مذهب معين دائماً .

وقال أيضاً : ومن وقف على مدرس وفقهاء ، فللناظر ، ثم الحاكم : تقدير أعطيتهم . فلو زاد النماء فهو لهم .

والحـكم بتقديم مدرس أو غيره باطل . لم نعلم أحداً يُعْتَدُّ به قال به ، ولا بما

يشبهه ، ولو نفذه حكام . و بطلانه لمخالفته مقتضى الشرط والعرف أيضاً

وليس تقدير الناظر أمراً حتما كتقدير الحاكم . بحيث لايجوز له ولا لغيره زيادته ونقصه للمصلحة .

و إن قيل : إن المدرس لايزاد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه : كان باطلاً . لأنه لهم .

والقياس : أنه يسوى بينهم ، ولو تفاوتوا فى المنفعة ، كالإمام والجيش فى المغنم . لـكن دل العرف على التفضيل . و إنما قدم القيِّم ونحوه ، لأن مايأخذه أجرة . ولهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط . انتهى كلامه ملخصاً .

و يأتى فى كلام المصنف « إذا وقف على من يمكن حصره » .

قال فى الفروع : وجعل الإمام والمؤذن كالقيم ، بخلاف المدرس ، والمعيد ، والفقهاء . فإنهم من جنس واحد .

وذكر بعضهم فى مدرس وفقهاء ومتفقهة ، و إمام وقيم ، ونحو ذلك : يقسم بينهم بالسوية .

قال فى الفروع : و يتوجه روايتا عامل زكاةِ الثمن ، أو الأجرة . انتهى .

قال فى الفائق : ولو شرط على مدرس وفقهاء و إمام : فلكل جهة الثلث . ذكره ابن الصيرفى فى لفظ المنافع .

قال صاحب الفائق : قلت : يحتمل وجهين ، أخـذاً من روايتى مدفوع العامل : هل هو الثمن ؟ اعتباراً بالقسمة ، أو أجرة مثله بالنسبة . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو عطل مغل وقف مسجد سنة : تقسطت الأجرة المستقبلة عليها وعلى السنة الأخرى ، لتقوم الوظيفة فيهما . لأنه خير من التعطيل . ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام .

قال فى الفروع : فقد أدخل مغل سنة فى سنة .

وقد أفتى غير واحد منا فى زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر : أنه يتمم مما بعده . وحكم به بعضهم بعد سنين .

وقال : ورأيت غير واحد لايراه . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن لم يقم بوظيفته عزله من له الولاية بمن يقوم بها ، إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب .

ويجب أن يولى فى الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً ، وأن يعمل بما يقدر عليه من عمل واجب .

وقال فى الأحكام السلطانية : ولاية الإمامة بالناس طريقها الأولى ، لا الوجوب بخلاف ولاية القضاء والنقابة . لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلى لهم : صح .

ولا يجوز أن يؤم فى المساجد السلطانية ـ وهى الجوامع ـ إلا من ولاه السلطان ، لئلا يفتات عليه فيما وكل إليه .

وقال فى الرعاية : إن رضوا بغيره بلا عذر : كره ، وصح فى المذهب . ذكره فى آخر الأذان

السادسة : لو شرط الواقف ناظراً ، ومدرساً ، ومعيداً ، وإماماً . فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها وتنحصر فيه ؟ صرح القاضى فى خلافه الكبير بعدم الجواز فى الفىء ، بعد قول الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ لايتمول الرجل من السواد . وأطال فى ذلك .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى الفتاوى المصرية : وإن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد : فعل . انتهى .

وتقدم لابن رجب قريب من ذلك فى القاعدة السابعة قريباً .

السابعة : يشترط فى الناظر الإسلام ، والتكليف ، والكفاية فى التصرف ، والخبرة به ، والقوة عليه .

ويضم إلى الضعيف قوى أمين .

ثم إن كان النظر لغير الموقوف عليه ، وكانت توليته من الحاكم ، أو الناظر : فلا بد من شرط العدالة فيه .

قال الحارثى : بغير خلاف علمته .

وإن كانت توليته من الواقف ـ وهو فاسق ، أو كان عدلا ففسق ـ قال المصنف وجماعة : يصح . ويضم إليه أمين .

ويحتمل أن يصح تولية الفاسق . وينعزل إذا فسق .

وقال الحارثى : ومن متأخرى الأصحاب : من قال بما ذكرنا فى الفسق الطارىء ، دون المقارن للولاية . والعكس أنسب . فإن فى حال المقارنة مسامحة لما يتوقع منه ، بخلاف حالة الطريان . انتهى .

وإن كان النظر للموقوف عليه ـ إما بجعل الواقف النظر له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر ـ فهو أحق بذلك ، رجلا كان أو امرأة ، عدلا كان أو فاسقاً . لأنه ينظر لنفسه . قدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين .

قال الحارثى : أما العدالة : فلا تشترط ، ولكن يضم إلى الفاسق عدل . ذكره ابن أبى موسى ، والسامرى ، وغيرهما . لما فيه من العمل بالشرط ، وحفظ الوقف انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وتقدم إذا كان النظر للموقوف عليه ، وكان غير أهل : لصغر ، أو سفه ، أو جنون . فإن وليه يقوم مقامه فى النظر ـ إن قلنا : الوقف يملكه الموقوف عليه ـ وإلا الحاكم .

الثامنة : وظيفة الناظر : حفظ الوقف والعمارة ، والإيجار ، والزراعة ، والمخاصمة فيه ، وتحصيل ريعه ـ من تأجيره ، أو زرعه ، أو ثمره ـ والاجتهاد فى تنميته ، وصرفه فى جهاته ـ من عمارة وإصلاح ، وإعطاء مستحق ـ ونحو ذلك .

وله وضع يده عليه ، وعلى الأصل .

ولـكن إذا شرط التصرف له ، واليد لغيره . أو عمارته إلى واحد ، وتحصيل ريعه إلى آخر : فعلى ماشرط . قاله الحارثى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ونصب المستوفى الجامع للعمال المتفرقين : وهو بحسب الحاجة ، والمصلحة . فإن لم تتم مصلحة قبض المال وصرفه إلا به : وجب . وقد يستغنى عنه لقلة العمال .

قال : ومباشرة الإمام المحاسبة بنفسه كنصب الإمام الحاكم . ولهذا كان عليه أفضل الصلاة والسلام يباشر الحـكم فى المدينة بنفسه ، ويولى مع البعد . انتهى .

التاسعة : قال الأصحاب : لااعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف إذا كان أمينا . ولهم مسألته عما يحتاجون إلى علمه من أمر وقفهم ، حتى يستوى علمهم وعلمه فيه .

قال فى الفروع : ونصه إذا كان متهماً . انتهى .

ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف . ليـكون فى أيديهم وثيقة لهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وتسجيل كتاب الوقف كالعادة .

العاشرة : مايأخذه الفقهاء من الوقف : هل هو كإجارة أوجعالة ، واستحق ببعض العمل ؟ لأنه يوجب العقد عرفاً . وهو كالرزق من بيت المال ؟

فيه ثلاثة أقوال . ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله . واختار الأخير .

فقال : وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة . بل رزق للإعانة على الطاعة . وكذلك المال الموقوف على أعمال البر ، والموصى به . أو المنذور له ، ليس كالأجرة والجعل . انتهى .

قال القاضى فى خلافه ، ولا يقال : إن منه مايؤخذ أجرة عن عمل — كالتدريس ونحوه — لأنا نقول : أولاً . لانسلم أن ذلك أجرة محضة ، بل هو رزق وإعانة على طلب العلم بهذه الأموال . وهذا موافق لما قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : ممن أكل المال بالباطل : قوم لهم رواتب أضعاف حاجتهم ، وقوم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه و يستنيبون بيسير

وقال أيضاً : النيابة فى مثل هذه الأعمال المشروطة : جائزة . ولو عينه الواقف إذا كان النائب مثل مستنيبه . وقد يكون فى ذلك مفسدة راجحة ، كالأعمال المشروطة فى الإجارة على عمل فى الذمة . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَاظِرًا . فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب بشرطه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : للحاكم قطع به ابن أبى موسى .

واختاره الحارثى ، وقال : فمن الأصحاب من بنى هذا الوجه على القول بانفكاك الموقوف عن ملك الآدمى . وليس هو عندى كذلك ولا بد . إذ يجوز أن يكون لحق من يأتى بعد . انتهى .

وأطلقهما فى الكافى .

وقال المصنف ، ومن تبعه : ويحتمل أن يكون ذلك مبنياً على أن الملك فيه : هل ينتقل إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله ؟ .

فإن قلنا : هو للموقوف عليه ، فالنظر فيه له .

وإن قلنا : هو لله تعالى ، فالنظر للحاكم . انتهى .

قلت : قد تقدم أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف هناك . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى هنا : إذا قلنا : النظر للموقوف عليه . فيكون بناء على القول بملكه ، كما هو المشهور عندهم . انتهى .

فلعل المصنف ما اطلع على ذلك . فوافق احتماله ماقالوه ، أو تكون طريقة أخرى فى المسلم . وهو أقرب .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كان الموقوف عليه معيناً ، أو جمعاً محصوراً .

فأما إن كان الموقوف عليهم غير محصورين — كالفقراء والمساكين — أو على

مسجد ، أو مدرسة ، أو قنطرة ، أو رباط ، ونحو ذلك : فالنظر فيه للحاكم ، قولا واحداً .

وسأله المروذى : عن دار موقوفة على المسلمين . إن تبرع رجل فقام بأمرها ، وتصدق بغلتها على الفقراء ؟ فقال : ما أحسن هذا .

قال الحارثى : وفيه وجه للشافعية : أن النظر يكون للواقف . قال : وهو الأقوى .

قال : وعلى هذا له نصيب ناظر من جهته . ويكون نائباً عنه ، يملك عزله متى شاء .

وله أيضاً الوصية بالنظر ، لأصالة الولاية .

وتقدم ذلك وغيره بأتم من هذا قريبا .

قوله ﴿ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ ﴾ .

مراده : إذا لم يعين الواقف النفقة من غيره . وهو واضح .

فإن لم يعينه من غيره : فهو من غلته .

وإن عينه من غيره : فهو منه ، بلا نزاع بين الأصحاب .

وقال الحارثى : وخالف المالكية فى شىء منه ، فقالوا : لو شرط المرَمَّة على الموقوف : لم يجز . ووجبت فى الغلة .

وعن بعضهم : يرد للوقف مالم يقبض . لأن ذلك بمثابة العوض . فنافى موضوع الصدقة .

قال الحارثى : وهذا أقوى . انتهى .

وإذا قلنا : هو من غلته ، فلم تكن له غلة .

فلا يخلو : إما أن يكون فيه روح أو لا .

فإن كان فيه روح ، فلا يخلو : إما أن يكون الوقف على معين أو معينين ، أو غيرهم .

فإن كان على معينين : فالصحيح من المذهب : وجوب نفقته على الموقوف عليهم . وعليه أكثر الأصحاب . منهم : المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص والحارثى ، وغيرهم .

قال الحارثى : بناء على أنه ملكهم .

وذكر المصنف : وجها بوجوبها فى بيت المال .

قال الحارثى : ويحسن بناؤه على انتفاء ملك الآدمى للموقوف . قال : وبه أقول .

ثم إن تعذر الإنفاق من بيت المال ، أو من الموقوف عليه — على القول بوجوبها عليه — بيعَ وصُرِف الثمن فى عين أخرى تكون وقفاً لمحل الضرورة . قاله الحارثى .

قلت : فيعايى بها .

وإن كان عدم الغلة لأجل أنه ليس من شأنه أن يُسْتَغَلَّ — كالعبد يخدمه ، والفرس يغزو عليه ، أو يركبه — أوجر بقدر نفقته . قاله الحارثى ، وغيره .

وهو داخل فى عموم كلام المصنف .

وإن كان الوقف الذى له روح على غير معين — كالمساكين ، والغزاة ، ونحوهم — فنفقته فى بيت المال . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . قاله الحارثى .

ويتجه إيجاره بقدر النفقة حيث أمكن ، مالم يتعطل النفع الموقوف لأجله .

ثم إن تعذر : ففى بيت المال . وإن تعذر الإنفاق من بيت المال : بيع ولا بد . قاله الحارثى .

قلت : فيعايى بها أيضا .

وإن مات العبد : فمؤنة تجهيزه — على ماقلنا — فى نفقته على ماتقدم .

وإن كان الوقف لا روح فيه — كالعقار ، ونحوه — : لم تجب عمارته على أحد مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به الحارثى وغيره

قال فى الفروع : وهو قول غير الشيخ تقى الدين ، كالطلق .

قال فى التلخيص : إلا من يريد الانتفاع به ، فيعمره باختياره .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجب عمارة الوقف بحسب البطون .

فوائد

الأولى : لو احتاج الخان المسبَّل ، أو الدار الموقوفة لسكنى الحاج ، أو الغزاة ، إلى مرمة : أُوجِرَ جزء منه بقدر ذلك .

الثانية : قال فى الفروع : وتُقدم عمارة الوقف على أرباب الوظائف .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الجمع بينهما حسب الإمكان أولى . بل قد يجب . انتهى .

وقال الحارثى : عمارته لاتخلو من أحوال .

أحدها : أن يشرط البداءة بها ، كما هو المعتاد . فلا إشكال فى تقديمها .

الثانى : اشتراط تقديم الجهة عليها . فيجب العمل بموجبه ، مالم يؤد إلى التعطيل . فإن أدى إليه : قدمت العمارة . فيكون عقد الوقف مخصصاً للشرط .

وهذا على القول ببطلان تأقيت الوقف .

أما على صحته : فتقدم الجهة كيف كان .

الثالث : اشتراط الصرف إلى الجهة فى كل شهر كذا ، فهو فى معنى اشتراط تقديمه على العمارة . فيترتب ماقلنا فى الثانى .

الرابع : إيقاع الوقف على فلان ، أو جهة كذا ــ و بيض له ــ انتهى .

الثالثة : يجوز للناظر الاستدانة على الوقف بدون إذن الحاكم لمصلحة ، كشرائه للوقف نسيئة ، أو بنقد لم يعينه . قطع به الحارثى ، وغيره .

وقدمه فى الفروع . وقال : و يتوجه فى قرضه مالاً : كولىّ .

الرابعة : لو أجر الموقوف عليه الوقف . ثم طلب بزيادة ، فلا فسخ . بلا نزاع .

ولو أجر المتولى ماهو على سبيل الخيرات ، ثم طلب بزيادة أيضاً ، فلا فسخ أيضاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يحتمل أن يفسخ . ذكره فى التلخيص .

الخامسة : إذا أجره بدون أجرة المثل : صح . وضمن النقص ، كبيع الوكيل بأنقص من ثمن المثل . قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين .

وقال فى الفائق : وهل للموقوف عليه إجارة الموقوف بدون أجرة المثل ؟ يحتمل وجهين .

السادسة : يجوز صرف الموقوف على عمارة المسجد ـ كبناء منارته ، و إصلاحها وكذا بناء منبره ، وأن يشترى منه سلما للسطح ، وأن يبنى منه ظلته .

ولا يجوز فى بناء مرحاض ، ولا فى زخرفة المسجد ، ولا فى شراء مكانس ومجارف . قاله الحارثى .

وأما إذا وقف على مصالح المسجد ، أو على المسجد ـ بهذه الصيغة ـ فجائز صرفه فى نوع العمارة ، وفى مكانس ، ومجارف ، ومساحى ، وقناديل ، وفرش ، ووقود ، ورزق إمام ، ومؤذن ، وقيم .

وفى نوادر المذهب ،لابن الصيرفى : منع الصرف منه فى إمام ، أو بوارى .

قال : لأن ذلك مصلحة للمصلين . لا للمسجد . ورده الحارثى .

السابعة : قال فى نوادر المذهب : لو وقف داره على مسجد ، وعلى إمام يصلى فيه : كان للإمام نصف الريع . كما لو وقفها على زيد وعمرو .

قال : ولو وقفها على مساجد القرية ، وعلى إمام يصلى فى واحد منها : كان الريع بينه و بين كل المساجد نصفين . انتهى . وتابعه الحارثى .

قلت : يحتمل أن يكون له بقدر مايحصل لمسجد واحد . وله نظائر .

قوله ﴿ وَإنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ . ثُمَّ عَلَى المَسَاكِينِ . فَهُوَ لِوَلَدِهِ الذُّكُورِ وَالإنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ ﴾ .

نص عليه . ولا أعلم فيه خلافاً .

لـكن لو حدث للواقف ولد بعد وقفه : ففي دخوله روايتان .

وأطلقهما في الفروع ، والقواعد الفقهية في القاعدة السابعة بعد المائة .

إحداهما : يدخل معهم . اختاره ابن أبي موسى . وأفتى به ابن الزاغوني . وهو ظاهر كلام القاضي ، وابن عقيل .

والرواية الثانية : لا يدخل معهم . وهو المذهب . قدمه في الفروع ، والمحرر والراعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، وغيرهم .

وجزم به في المنور ، وغيره . والوصية كذلك .

قوله ﴿ وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقطع به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح : لايدخلون بغير خلاف .

وقدمه في الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم .

وقيل : يدخلون . اختاره أبو بكر بن حامد .

قال الحارثي : وإذا قيل بدخول ولد الولد : هل يدخل ولد البنات ؟ . جزم المصنف وغيره هنا بعدم الدخول ، مع إيرادهم الخلاف فيه فيما إذا قال « على أولاد الأولاد » كما في الـكتاب .

قال : والصواب التسوية بين الصورتين . فيطرد فى هذه مافى الأخرى ، لتناول الولد والأولاد للبطن الأول ، فما بعده .

قوله ﴿ وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

ظاهر كلامه : أنهم سواء كانوا موجودين حالة الوقف أو لا . ولا شك أن الخلاف جار فيهم .

إحداهما : يدخلون مطلقاً . وهو المذهب . نص عليه فى رواية المروذى ، ويوسف بن موسى ، ومحمد بن عبد الله المنادى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال الحارثى : المذهب دخولهم .

قال الناظم : وهو أولى .

وقدمه فى التلخيص ، والحارثى ، وصاحب القواعد الفقهية فى القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة ، وشرح ابن رزين .

واختاره الخلال ، وأبو بكر عبد العزيز ، وابن أبى موسى ، وأبو الفرج الشيرازى ، والقاضى فيما علقه بخطه على ظهر خلافه ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لا يدخلون مطلقاً .

قال المصنف ـ فى باب الوصايا ـ والقاضى ، وابن عقيل : لايدخلون بدون قرينة .

قال المصنف ، والشارح : اختاره القاضى ، وأصحابه .

وعنه : يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف ، وإلا فلا .

قدمه فى الرعايتين ، والفائق ـ وقال : نص عليه ـ والحاوى الصغير .

وذكر القاضى فى أحكام القرآن : إن كان ثَمَّ ولد : لم يدخل ولد الولد ، وإن لم يكن ولد : دخل . واستشهد بآية المواريث .

وأطلق الخلاف فى الفروع فى الموجودين حالة الوقف . وقدم عدم الدخول فى غير الموجودين .

وهذا مستثنى مما اصطلحنا عليه فى أول الـكتاب .

فعلى القول بعدم الدخول : قال القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وابن حمدان وغيرهم : إن قال « على ولدى ، وولد ولدى . ثم على المساكين » دخل البطن الأول والثانى ، ولم يدخل البطن الثالث .

وإن قال « على ولدى وولد ولد ولدى » دخل ثلاث بطون ، دون من بعدهم .

قال الحارثى : وهو وفق رواية أبى طالب .

تنبيهان

الأول : حيث قلنا بدخولهم ، فلا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتباً . على الصحيح من المذهب . لقوله « بطناً بعد بطن ، أو الأقرب فالأقرب » .

قدمه فى الفائق ، وقال : هو ظاهر كلامه .

قال فى الفروع : والأصح مرتباً .

وصححه فى النظم أيضاً .

وقيل : يستحقون معهم .

وأطلقهما فى القواعد .

وقال : وفى « الترتيب » فهل هو ترتيب بطن على بطن ، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً ، مع وجود فرد من الأولاد . أو ترتيب فرد على فرد . فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده ؟ على وجهين .

والثانى : منصوص الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

الثانى : حكم ما إذا أوصى لولده فى دخول ولد بنيه : حكم الوقف . قاله فى الفروع ، وغيره .

وحكاه فى القواعد عن الأصحاب .

قال : وذكر أبو الخطاب : أن الإمام أحمد رحمه الله نص على دخولهم .

والمعروف عن الإمام أحمد : إنما هو فى الوقف .

وأشار الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى دخولهم فى الوقف دون الوصية . لأن الوقف يتأبد ، والوصية تمليك للموجودين . فيختص بالطبقة العليا الموجودة .

فوائد

إحداها : لو قال « على ولد فلان ـ وهم قبيلة » أو قال « على أولادى وأولادهم » فلا ترتيب .

وسأله ابن هانىء : عمن وقف شيئاً على فلان مدة حياته ولولده ؟ قال : هو له حياته . فإذا مات فلولده .

وإذا قال « على ولدى . فإذا انقرضوا . فللفقراء » شمله على الصحيح . وقيل : لايشمله .

الثانية : لو اقترن باللفظ مايقتضى الدخول : دخلوا بلا خلاف . كقوله « على أولادى ـ وهم قبيلة » أو « على أولاد أولاد أولادى أبداً ماتعاقبوا وتناسلوا » أو « على أولادى » وليس له إلا أولاد أولاد . أو « على أولادى : الأعلى فالأعلى » أو « تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى » وما أشبه هذا .

وإن اقتضى عدم الدخول : لم يدخلوا بلا خلاف . كـ « على ولدى لصلبى » أو « الذين يلوننى » ونحو ذلك ، على مايأتى فى قوله « ولدى لصلبى » .

الثالثة : لو قال « على أولادى . فإذا انقرض أولادى وأولاد أولادى : فعلى المساكين » .

فقال فى المجرد ، والكافى : يدخل أولاد الأولاد . لأن اشتراط انقراضهم دليل إرادتهم بالوقف . وقدمه فى الرعايتين .

وفى الكافى وجه : بعدم الدخول . لأن اللفظ لايتناولهم . فهو منقطع الوسط . يصرف بعد انقراض أولاده مصرف المنقطع . فإذا انقرض أولادهم : صرف إلى المساكين .

وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

الرابعة : قال فى التلخيص : إذا جهل شرط الواقف ، وتعذر العثور عليه : قسم على أربابه بالسوية .

فإن لم يعرفوا : جعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه . انتهى .

وقال فى الكافى : لو اختلف أرباب الوقف فيه : رجع إلى الواقف .

فإن لم يكن : تساووا فيه ، لأن الشركة ثبتت . ولم يثبت التفضيل . فوجبت التسوية ، كما لو شرك بينهم بلفظه . انتهى .

وقال الحارثى : إن تعذر الوقوف على شرط الواقف ، وأمكن التأنس بتصرف من تقدم ممن يوثق به : رجع إليه . لأنه أرجح مما عداه . والظاهر صحة تصرفه ، ووقوعه على الوفق .

وإن تعذر — وكان الوقف على عمارة أو إصلاح — صرف بقدر الحاجة .

وإن كان على قوم ، وثَمَّ عُرْف فى مقادير الصرف — كفقهاء المدارس — رجع إلى العرف . لأن الغالب وقوع الشرط على وفقه .

وأيضاً : فالأصل عدم تقييد الواقف . فيكون مطلقاً . والمطلق منه يثبت له حكم العرف .

وإن لم يكن عرف سوى بينهم . لأن التشريك ثابت ، والتفضيل لم يثبت . انتهى .

وقال : وذكر المصنف نحوه .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة . وهو الصواب .

وقال ابن رزين فى شرحه : إذا ضاع كتاب الوقف وشرطه ، واختلفوا فى التفضيل وعدمه : احتمل أن يسوى بينهم . لأن الأصل عدم التفضيل . واحتمل أن يفضل بينهم . لأن الظاهر : أنه يجعله على حسب إرثهم منه .

وإن كانوا أجانب : قدم قول من يدعى التسوية وينكر التفاوت . انتهى .

تنبيه : يأتى فى باب الهبة ـ فى كلام المصنف ـ هل تجوز التسوية بين الأولاد أم لا ؟ وهل تستحب التسوية ، أم المستحب أن تكون على حسب الميراث ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عقبِهِ ، أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ : دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ﴾ بلا نزاع . فى « عقبه » أو « ذريته » .

وأما إذا وقف على ولده وولد ولده : فهل يشمل أولاد الولد الثانى ، والثالث ، وهلم جرا ؟.

تقدم عن القاضى والمصنف والشارح وغيرهم : أنه لايشمل غير المذكورين .

وقوله ﴿ وَنُقِلَ عَنْهُ : لاَ يَدْخُلُ فيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ﴾ .

إذا وقف على ولد ولده ، أو قال « على أولاد أولادى وإن سفلوا »

فنص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية المروذى : أن أولاد البنات لايدخلون . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب : وإن وصى لولد ولده ، فقال أصحابنا : لايدخل فيه ولد البنات . لأنه قال فى الوقف على ولد ولده : لايدخل فيه ولد البنات .

قال الزركشى : مفهوم كلام الخرقى : أنه لايدخل ولد البنات . وهو أشهر الروايات .

واختاره القاضى فى التعليق ، والجامع ، والشيرازى ، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير . انتهى .

قال فى الفروع : لم يشمل ولد بناته إلا بقرينة . اختاره الأكثر .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والفروع .

وصححه فى تجريد العناية .

قال فى الفائق : اختاره الخرقى ، والقاضى ، وابن عقيل ، والشيخان ـ يعنى بهما : المصنف ، والشيخ تقى الدين ـ وهو ظاهر ماقدمه الحارثى .

ونقل عنه فى الوصية : يدخلون .

وذهب إليه بعض أصحابنا . وهذا مثله .

قلت : بل هى هنا رواية منصوصة من رواية حرب .

قال فى القواعد : ومال إليه صاحب المغنى .

وهى طريقة ابن أبى موسى ، والشيرازى .

قال الشارح : القول بأنهم يدخلون : أصح وأقوى دليلا . وصححه الناظم .

واختاره أبو الخطاب فى الهداية ـ فى الوصية ـ وصاحب الفائق .

وجزم به فى منتخب الأدمى .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى القواعد الفقهية .

وقال أبو بكر ، وابن حامد : يدخلون فى الوقف ، إلا أن يقول « على ولد ولدى لصلبى » فلا يدخلون .

وهى رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى المذهب : فإن قال « لصلبى » لم يدخلوا وجهاً واحداً .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : فإن قيد فقال « لصلبى » أو قال « من ينتسب إلى منهم » فلا خلاف فى المذهب : أنهم لايدخلون .

وحكى القاضى عن أبى بكر ، وابن حامد : إذا قال « ولد ولدى لصلبى » أنه يدخل فيه ولد بناته لصلبه . لأن بنت صلبه : ولده حقيقة ، بخلاف ولد ولدها .

قال الحارثى : وقول الإمام أحمد رحمه الله « لصلبه » قد يريد به ولد البنين ، كما هو المراد من إيراد المصنف عن أبى بكر . فلا يدخلون ، جعلا لولد البنين . ولد الظهر ، وولد البنات ولد البطن . فلا يكون نصاً فى المسألة .

وقد يريد به ولد البنت التى تليه . فيكون نصاً . وهو الظاهر . انتهى .

وفى المسألة قول رابع : بدخول ولد بناته لصلبه ، دون ولد ولدهن .

تنبيه : ماتقدم من الخلاف : إنما هو فيما إذا وقف على ولد ولده ، أو قال « على أولاد أولادى » .

وكذا الحكم ، والخلاف ، والمذهب إذا وقف على عقبه أو ذريته ، كما قال المصنف ، عند جماهير الأصحاب .

وممن قال بعدم الدخول هنا : أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين . وابن بكروس . قاله الحارثى .

وقال : قال مالك بالدخول فى « الذرية » دون « العقب » وبه أقول .

وكذلك القاضى — فى باب الوصايا من المجرد — وابن أبى موسى ، والشريفان — أبو جعفر ، والزيدى — وأبو الفرج الشيرازى . قالوا : بعدم الدخول فى « العقب » انتهى .

قال فى الفروع — بعد أن ذكر ولد ولده وعقبه وذريته — وعنه : يشملهم غير ولد ولده .

وقال فى التبصرة : يشمل الذرية ، وأن الخلاف فى ولد ولده .

تنبيهان

الأول : حكى المصنف هنا عن أبى بكر ، وابن حامد ، أنهما قالا : يدخلون فى الوقف ، إلا أن يقول « على ولد ولدى لصلبى » .

وكذا حكاه عنهما أبو الخطاب فى الهداية .

وكذا حكاه القاضى عنهما فيما حكاه صاحب المستوعب ، والتلخيص .

وحكى المصنف فى المغنى ، والشارح ، والقاضى فى الروايتين : أن أبا بكر ، وابن حامد : اختارا دخولهم مطلقا ، كالرواية الثانية .

وقال ابن البنا في الخصال : اختار ابن حامد : أنهم يدخلون مطلقاً . واختار أبو بكر : يدخلون ، إلا أن يقول « على ولد ولدى لصلبى » .

قال الزركشى : وكذا فى المغنى القديم فيما أظن .

الثاني : محل الخلاف : مع عدم القرينة .

أما إن كان معه مايقتضى الإخراج : فلا دخول بلا خلاف . قاله الأصحاب . كقوله « على أولادى ، وأولاد أولادى المنتسبين إلىّ » ونحو ذلك .

وكذا إن كان فى اللفظ مايقتضى الدخول . فإنهم يدخلون . بلا خلاف . قاله الأصحاب . كقوله « على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن لولد الإناث : سهماً ، ولولد الذكور سهمين » أو « على أولادى فلان وفلان ، وفلانة ، وأولادهم . وإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلىّ من قِبَل أب أو أم : فللمساكين » أو « على أن من مات منهم فنصيبه لولده » ونحو ذلك .

ولو قال « على البطن الأول من أولادى ، ثم على الثانى ، والثالث ، وأولادهم » والبطن الأول بنات : فكذلك يدخلون . بلا خلاف .

فوائد

الأولى : لفظ « النسل » كلفظ « العقب ، والذرية » فى إفادة ولد الولد . قريبهم و بعيدهم .

وكذا دخول ولد البنات وعدمه عند أكثر الأصحاب .

قال القاضى فى المجرد : لايدخل ولد البنات . كما قال فى « العقب » وهو اختيار السامرى .

وذكر أبو الخطاب خلافه . أورده فى الوصايا .

الثانية : لو قال « علي بني بني » أو « بني بني فلان » فـكـ « أولاد أولادي وأولاد أولاد فلان »

وأما ولد البنات : فقال الحارثي : ظاهر كلام الأصحاب هنا : أنهم لا يدخلون مطلقاً .

الثالثة : « الحفيد » يقع على ولد الابن والبنت ، وكذلك « السبط » ولد الابن والبنت .

الرابعة : لو قال الهاشمي « على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين » لم يدخل من أولاد بنته من ليس هاشمياً . والهاشمي منهم في دخوله وجهان . ذكرهما المصنف وغيره .

وبناهما القاضي على الخلاف في أصل المسألة .

ثم قال المصنف : أولاهما الدخول ، معللا بوجود الشرطين : وصف كونه من أولاد أولاده ، ووصف كونه هاشمياً .

والوجه الثاني : عدم الدخول . وأطلقهما الحارثي ، وصاحب الفائق .

قال الحارثي : ولو قال « على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين إلى قبيلتي » فـكذلك .

الخامسة : تجدد حق الحمل : بوضعه ـ من ثمر ، وزرع ـ كمشتر . نقله المروذي .

وجزم به في المغني ، والشرح ، والحارثي .

وقال : ذكره الأصحاب في الأولاد . وقدمه في الفروع .

ونقل جعفر : يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ، ومن نخل لم يؤبر .

فإن بلغ الزرع الحصاد ، أو أبر النخل : لم يستحق منه شيء .

وقطع به في المبهج والقواعد .

وقال : وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره هنا . منهم ابن

أبى موسى ، والقاضى ، وأصحابه . معللين بتبعية غير المؤبر فى العقد . فكذا فى الاستحقاق .

وقال فى المستوعب : يستحق قبل حصاده .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الثمرة للموجود عند التأبير أو بدوّ الصلاح .

قال فى الفروع : ويشبه الحمل : إن قدم إلى ثغر موقوف عليه ، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه . نقله يعقوب .

وقياسه : من نزل فى مدرسة ونحوه .

وقال ابن عبد القوى : ولقائل أن يقول : ليس كذلك . لأن واقف المدرسة ونحوها جعل ريع الوقف فى السنة . كالجعل على اشتغال من هو فى المدرسة عاماً . فينبغى أن يستحق بقدر عمله من السنة من ريع الوقف فى السنة . لئلا يفضى إلى أن يحضر الإنسان شهراً — مثلا — فيأخذ مغل جميع الوقف . ويحضر غيره باقى السنة بعد ظهور العشرة . فلا يستحق شيئاً . وهذا يأباه مقتضى الوقوف ومقاصدها . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يستحق بحصته من مغله .

وقال : من جعله كالولد فقد أخطأ .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِى فُلَانٍ . فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةً إلاّ أَنْ يَكُونُوا قبيلةً . فيَدْخُلُ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ ﴾ .

إذا لم يكونوا قبيلة ، وقال ذلك : اختص به الذكور بلا نزاع .

وإن كانوا قبيلة . فجزم المصنف بعدم دخول أولاد النساء من غيرهم . وهو أحد الوجهين .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز .

وقيل : بدخولهم . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ . فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ ، وَأَوْلَادِ أَبِيهِ ، وَجَدِّهِ ، وَجَدِّ أَبِيهِ ﴾ .

يعنى بالسوية بين كبيرهم وصغيرهم ، وذكرهم وأنثاهم ، وغنيهم وفقيرهم . بشرط أن يكون مسلماً . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : هـذا المذهب عند كثير من الأصحاب : الخرقى والقاضى ، وأبى الخطاب ، وابن عقيل ، والشريفين ـ أبى جعفر ، والزيدى ـ وغيرهم .

قال الزركشى : هذا اختيار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : يختص بولده وقرابة أبيه ، وإن علا مطلقاً . اختاره الحارثى .

وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قال المصنف ، والشارح : فعلى هذه الرواية : يعطى من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى . انتهى .

ومثاله : لو وقف على أقارب المصنف ـ وهو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر ، رحمهم الله ـ فالمستحقون : هم المنتسبون إلى قدامة . لأنه الأب الذى اشتهر انتساب المصنف إليه .

وقال فى الهداية : مثل أن يكون من ولد المهدى . فيعطى كل من ينتسب إلى المهدى .

ومثل فى المذهب بما إذا كان من ولد المتوكل .

ومثل فى المستوعب بما إذا كان من ولد العباس .

وعنه يختص بثلاثة آباء فقط .

فعليها : لا يعطى الولد شيئاً .

قال القاضى : أولاد الرجل لايدخلون فى اسم القرابة .

قال المصنف وغيره : وليس بشىء .

وعنه يختص منهم من يصله . نقله ابن هانىء وغيره . وصححه القاضى ، وجماعة .

ونقل صالح : إن وصل أغنياءهم أعطوا ، وإلا فالفقراء أولى .

وأخذ منه الحارثى عدم دخولهم فى كل لفظ عام .

واختار أبو محمد الجوزى : أن القرابة مختصة بقرابة أبيه ، إلى أربعة آباء .

قال الزركشى : وشَذَّ ابن الزاغونى فى وجيزه بأن أعطى أربعة آباء الواقف . فأدخل جَدَّ الجد .

فعلى هذا : لايدفع إلى الولد .

قال : وهو مخالف للأصحاب . انتهى .

قلت : نقل صالح : القرابة يعطى أربعة آباء .

وقد قال فى الخلاصة : وإن وصى لأقاربه ، دخل فى الوصية الأب والجد وأبو الجد ، وجد الجد ، وأولادهم .

قال فى الرعاية : لو وقف على قرابته : شمل أولاده وأولاد أبيه وجده . وجد أبيه . وعنه : وجد جده .

فكلام الزركشى فيه شىء . وهو أنه شذذ من قال ذلك .

وقدنقله صالح عن الإمام أحمد رحمه الله .

وحكم على القول بذلك بأن لايدفع إلى الولد شىء .

وليس ذلك فى كلام ابن الزاغونى . بل المصرح به فى كلام من قال بقوله خلاف ذلك . وهو صاحب الخلاصة . وظاهر الرواية التى فى الرعاية .

وقيل : قرابته كآله ، على مايأتى .

وعنه : إن كان يصل قرابته من قبل أمه فى حياته : صرف إليه ، وإلا فلا .

قال الحارثى : وهذه عنه أشهر .

واختارها القاضى أبو الحسين وغيره ، وقالا : هى أصح .

وقيل : تدخل قرابة أمه ، سواء كان يصلهم أولا .

قال الزركشى : وكلام ابن الزاغونى فى الوجيز يقتضى : أنه رواية .

فعلى هذا ـ والذى قبله ـ يدخل إخوته وأخواته وأولادهم ، وأخواله وخالاته ، وأولادهم .

وهل يتقيد بأربعة آباء أيضاً ؟ فيه روايتان . وأطلقهما الحارثى .

وفى الكافى : احتمال بدخول كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه ، من غير تقييد بأربعة آباء . ونحوه فى المغنى ، والشرح . وكذلك القاضى فى المجرد .

قال الحارثى : وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

قال ناظم المفردات :

من يُوصى للقريب قل : لايدخل　　منهم سوى من فى الحياة يصل

فإن تكن صلاته منقطعة　　قرابة الأم إذن ممتنعة

وعم الباقى من الأقارب　　من جهة الآبا ، ولا توارب

وفى القريب كافر لايدخل　　وعن أُهَيْل قرية ينعزل

تنبيه : الوصية كالوقف فى هذه المسائل . كما قال المصنف بعد ذلك .

ويأتى فى كلام المصنف فى باب الموصى له « إذا أوصى لأقرب قرابته ، والوقف كذلك » فانقل مايأتى هناك إلى هنا .

قوله ﴿ وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

وقال الخرقى : يعطى من قبل أبيه وأمه .

واختار أبو محمد الجوزى : أن أهل بيته كقرابة أبويه .

واختار الشيرازى : أنه يعطى من كان يصله فى حياته من قبل أبيه وأمه ، ولو جاوز أربعة آباء . ونقله صالح .

وقيل : أهل بيته كذوى رحمه . على مايأتى فى كلام المصنف قريباً .

وعنه : أزواجه من أهل بيته ومن أهله . ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : فى دخولهن فى « آله وأهل بيته » روايتان . أصحهما : دخولهن ، وأنه قول الشريف أبى جعفر وغيره .

وتقدم ذلك فى صفة الصلاة عند قوله « اللهم صل على محمد ، وعلى آل محمد »

وقال فى الفروع : وظاهر الوسيلة : أن لفظ « الأهل » كالقرابة ، وظاهر الواضح : أنهم نُسَباؤه .

وذكر القاضى : أن أولاد الرجل لايدخلون فى أهل بيته .

قال المصنف وغيره : وليس بشىء .

فائدة : « آله » كأهل بيته خلافاً ومذهباً .

وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره فى « الآل » فى صفة الصلاة . فليعاود .

و « أهله » من غير إضافة إلى « البيت » وكإضافته إليه . قاله المجد .

وذكر عن القاضى فى دخول الزوجات هنا وجهين .

واختار الحارثى الدخول . وهو الصواب . والسنة طافحة بذلك .

قوله ﴿ وَقَوْمُهُ وَنُسَبَاؤُهُ كَقَرَابَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهما .

وقدمه فيهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والشرح ، وغيرهم .

وقيل : هما كذوى رحمه .

وقيل : قومه كقرابته . ونسباؤه كذوى رحمه . جزم به فى منتخب الأزجى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : و « نسباؤه » كأهل بيته وقومه . وقدّما : أن « قومه » كقرابته .

وقال أبو بكر : هما كأهل بيته .

واقتصر عليه فى الهداية . وقطع به فى المذهب .

قال فى المستوعب ــ بعد أن ذكر ماحكاه أبو الخطاب عن أبى بكر ــ وذكر أبو بكر فى التنبيه : أنه إذا قال « لأهل بيتى » أو « قومى » فهو من قبل الأب .

وإن قال « أنسبائى » فمن قبل الأب والأم . انتهى .

ويأتى كلام القاضى فى « الأنسباء » عند الكلام على ذوى الرحم .

واختار أبو محمد الجوزى : أن « قومه » كقرابة أبويه .

وقال ابن الجوزى : « القوم » للرجال دون النساء ، وفاقاً للشافعى رحمه الله . لقوله تعالى (٤٩ : ١١ لايسخر قوم من قوم) .

قوله ﴿ وَالعِترَةُ : هُمُ العَشِيرَةُ ﴾ .

هذا المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم . وقاله القاضى ، وغيره .

قال المصنف فى الكافى ، والشارح « العترة » العشيرة الأدنون فى عرف الناس ، وولده الذكور والإناث ، وإن سفلوا . وصححاه .

قال فى الوجيز : « العترة » تختص العشيرة ، والولد .

وقيل : « العترة » الذرية . وقدمه فى النظم . واختاره المجد .

وقيل : هى العشيرة الأدنون .

وقيل : ولده . وقيل : ولده وولد ولده .

وقيل : ذوو قرابته . اختاره ابن أبى موسى .

قال فى الهداية : إذا أوصى لعترته . فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله .

فيحتمل : أن يدخل فى ذلك عشيرته وأولاده .

ويحتمل : أن يختص من كان من ولده .

فائدة : « العشيرة » هى القبيلة . قاله الجوهرى .

وقال القاضى عياض : هى أهله الأدنون . وهم بنو أبيه .

قوله ﴿ وَذوُو رحمه : كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الشرح ، والوجيز ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وغيرهم .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وهم قرابته لأبويه وولده .

وقال فى الفروع ، والرعاية الكبرى : هم قرابة أبويه ، أو ولده ، بزيادة ألف .

وقال القاضى : إذا قال « لرحمى » أو « لأرحامى » أو « لنسبائى » أو « لمناسبىَّ » صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه . ويتعدى ولد الأب الخامس .

قال المصنف ، والشارح : فعلى هذا : يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب ، أو بالرحم ، فى حال من الأحوال .

ونقل صالح : يختص من يصله من أهل أبيه وأمه ، ولو جاوز أربعة آباء .

قوله ﴿ وَالأَيَامَى وَالعُزَّابُ مِنَ الأَزْوَاجِ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الشارح : ذكره أصحابنا .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ويَحتَمِل أنْ يَختَصَّ الأيامَى بالنِّسَاء وَالعُزَّابُ بالرِّجَالِ .

قال الشارح : وهذا أولى . واختاره فى المغنى .

وقال فى التبصرة « الأيامى » : النساء البُلَّغ .

قال القاضى ، فى التعليق : الصغير لايسمى أيِّمًا عرفا . وإنما ذلك صفة للبالغ .

قوله ﴿ فَأَمَّا الأَرَامِلُ : فَهُنَّ النِّسَاءُ اللاتِى فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

واختاره القاضى ، وغيره .

قال الحارثى : هذا المذهب .

وقيل : هو للرجال والنساء . واختاره ابن عقيل .

قال ابن الجوزى ، فى اللغة : رجل أرمل ، وامرأة أرملة .

وقال القاضى فى التعليق : الصغيرة لاتسمى أرملة عرفا . وإنما ذلك للبالغ . كما قال فى الأيِّم .

فائدتان

إحداهما : « البكر ، والثيب ، والعانس » يشمل الذكر والأنثى . وكذا « إخوته وعمومته » يشمل الذكر والأنثى .

وقال فى الفروع : ويتوجه وجه : وتناوله لبعيد ، كولد ولد .

قال ابن الجوزى : يقال فى اللغة : رجل أيم ، وامرأة أيم ، ورجل بكر ، وامرأة بكر ، إذا لم يتزوجا . ورجل ثيب ، وامرأة ثيبة : إذا كانا قد تزوجا . انتهى

وأما « الثيوبة » فزوال البكارة . قاله المصنف ، ومن تبعه ، وأطلق .

وقال ابن عقيل : زوال البكارة بزوجية ، من رجل وامرأة .

الثانية : « الرهط » مادون العشرة من الرجال خاصة ، لغة .

وذكر ابن الجوزى : أن « الرهط » مابين الثلاثة ، والعشرة .

وكذا قال فى « النفر » أنه مابين الثلاثة والعشرة .

وتقدم ذكر « النفر » فى الفوات والإحصار ، فيما إذا وقف نفرٌ .

قوله ﴿ وَإنْ وَقفَ عَلَى أَهْلِ قَرْيَتِه أَوْ قَرَابَتِهِ ﴾ وكذا لو وصى لهم ﴿لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ ﴾

وكذا لو وقف على إخوته ونحوهم : لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ .

وهذا المذهب فى ذلك كله . جزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وفيه وجه آخَرُ : أَنَّ المسْلِمَ يدْخُلُ ، و إنْ كانَ الواقفُ كافراً ، ولا عكس .

وأطلقهما فى المحرر ، والفائق .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا لم توجد قرينة قولية ، أو حالية .

فإن وجدت دخلوا ، مثل : أن لا يكون فى القرية إلا مسلمون . أو لا يكون فيها إلا كافر واحد ، وباقى أهلها مسلمون . قاله الأصحاب .

قال فى الفائق : ولو كان أكثر أقاربه كفاراً : اختص المسلمون فى أحد الوجهين .

وقال فى القاعدة السادسة والعشرين بعد المائة : لو وقف المسلم على قرابته ، أو أهل قريته ، أو أوصى لهم ـ وفيهم مسلمون وكفارـ : لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم . نص عليه فى رواية حرب ، وأبى طالب .

ولو كان فيهم مسلم واحد ، والباقى كفار : فى الاقتصار عليه وجهان . لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً . انتهى .

قلت : الصواب الدخول فى هذه الصورة .

قال الزركشى : ومال إليه أبو محمد .

الثانى : شمل قوله « لم يدخل فيهم من يخالف دينه » لو كان فيهم كافر على

غير دين الواقف الكافر : فلا يدخل . ولا يستحق شيئاً . ولو قلنا : بدخول المسلم إذا كان الواقف كافراً . وهو كذلك .

قدمه فى المغنى ، والشرح .

ويحتمل أن يدخل ، بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم . قاله المصنف ، والشارح .

وجعله فى الفروع : محل وفاق . على القول بأن بعضهم يرث بعضا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيه ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْق ، وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلَ : تناوَلَ جَمِيعَهمْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . اختاره المصنف وغيره .

وصححه فى الفائق ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال ابن حامد : يختص الموالى من فوق . وهم معتقوه .

واختار الحارثى : أنه للعتيق . قال : لأن العادة جارية باحسان المعتقين إلى العتقاء .

فائدتان

إحداهما : لو عدم الموالى : كان لموالى العصبة .

قدمه فى الفائق ، والحاوى الصغير .

وقال الشريف أبو جعفر : يكون لموالى أبيه . واقتصر عليه الشارح .

وقيل : لعصبة مواليه . قدمه فى الرعايتين .

وقيل : لوارثه بولاء .

وقيل : كمنقطع الآخر .

قطع به فى الرعاية بعد عصبة الموالى .

وأطلق الثلاثة الأخيرة فى الفروع .

الثانية : لاشىء لموالى عصبته ، إلا مع عدم مواليه . قاله فى الفروع .

قال المصنف ، والشارح : لو كان له موالى أب حين الوقف ، ثم انقرض مواليه : لم يكن لموالى الأب شىء .

فوائد

الأولى : « العلماء » هم حملة الشرع . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، والحارثى ، وغيرهم .

وقيل : من تفسير ، وحديث ، وفقه . ولو كانوا أغنياء ، على القولين .

لكن هل يختص به من كان يصله ؟ حكمه حكم قرابته . على ماتقدم .

الثانية : أهل الحديث : من عرفه .

وذكر ابن رزين أن الفقهاء ، والمتفقهة ، كالعلماء . ولو حفظ أربعين حديثاً لا بمجرد السماع .

فأهل القرآن الآن : حفاظه . وفى الصدر الأول : هم الفقهاء .

الثالثة : « الصبى والغلام » من لم يبلغ ، وكذا « اليتيم » من لم يبلغ وهو بلا أب .

ولو جهل بقاء أبيه ، فالأصل : بقاؤه فى ظاهر كلام الأصحاب . قاله فى الفروع .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يعطى من ليس له أب يعرف ببلاد الإسلام . قال : ولا يعطى كافر .

قال فى الفروع : فدل أنه لا يعطى من وقف عام .

وهو ظاهر كلامهم فى مواضع .

قال : ويتوجه وجه : وليس ولد الزنا يتيما . لأن اليُتْم انكسار يدخل على القلب بفقد الأب .

قال الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فيمن بلغ خرج عن حد اليتم .

الرابعة : « الشاب ، والفتى » هما من البلوغ إلى الثلاثين . على الصحيح من المذهب .

وقيل : إلى خمس وثلاثين .

و « الكهل » من حد الشاب إلى خمسين .

و « الشيخ » منها إلى السبعين . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية الكبرى .

وقال فى الكافى : إلى آخر العمر .

وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق . فإنهم قالوا : ثم الشيخ بعد الخمسين .

قال الحارثى : لايزال كهلاً حتى يبلغ خمسين سنة . ثم هو شيخ حتى يموت . واقتصر عليه .

فعلى المذهب : يكون « الهرَم » منها إلى الموت .

الخامسة : « أبواب البر » وهى القرب كلها . على الصحيح من المذهب . وأفضلها الغزو . ويبدأ به . نص عليه .

قال فى الفروع : ويتوجه : يبدأ بما تقدم فى أفضل الأعمال .

يعنى الذى تقدم فى أول صلاة التطوع .

ويأتى فى باب الموصى له « إذا أوصى فى أبواب البر » فى كلام المصنف ، والكلام عليه مستوفى .

السادسة : لو وقف على سبيل الخير : استحق من أخذ من الزكاة . ذكره في المجرد . وقدمه في الفروع .

وقال أبو الوفاء : يعم . فيدخل فيه الغارم للإصلاح .

قال القاضي ، وابن عقيل : ويجوز لغني قريب .

السابعة : « جمع المذكر السالم » و « ضميره » يشمل الأنثى . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع وغيره . وعليه أكثر الأصحاب .

وقد ذكرها أصحابنا في أصول الفقه . ونصروا : أن النساء يدخلن تبعاً .

وقيل : لا يشملها ، كعكسه لا يشمل الذكر .

الثامنة : « الأشراف » وهم أهل بيت النبي صلى الله عليه وسلم . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، واقتصر عليه في الفروع .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وأهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً إلا من كان من بني العباس . وكثير من أهل الشام وغيرهم : لا يسمونه إلا إذا كان علوياً .

قال : ولم يعلق عليه الشارع حكماً في الكتاب والسنة ، ليتلقى حده من جهته .

و « الشريف » في اللغة : خلاف الوضيع والضعيف . وهو الرياسة ، والسلطان ولما كان أهل بيت النبي صلى الله عليه وسلم : أحق البيوت بالتشريف ، صار من كان من أهل البيت شريفاً .

التاسعة : لو وقف على بني هاشم ، أو وصى لهم : لم تدخل مواليهم . نص عليه ، في رواية ابن منصور ، وحنبل .

قال القاضي في الخلاف : لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي ، ولفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى .

ولهذا : لو حلف « لا أكلت سكراً لأنه حلو » لم يعم غيره من الحلاوات .

وكذا لو قال « عبدى حر لأنه أسود » لم يعتق غيره من العبيد . ولو قال الله « حرمت المسكر . لأنه حلو » عم جميع الحلاوات . وكذا إذا قال « أعتق عبدك لأنه أسود » عم . انتهى .

وقد تقدم فى آخر إخراج الزكاة : أنه لا يجوز أخذها لموالى بنى هاشم . والظاهر : أن العلة ماقاله القاضى هنا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمكِنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ : وَجَبَ تَعْمِيمُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال فى الفائق : ويحتمل جواز المفاضلة فيما يقصد فيه تمييز . كالوقف على الفقهاء .

قلت : وهذا أقرب إلى الصواب .

وعنه : إن وصى فى سِكّته ، وهم أهل دَرْبه : جاز التفضيل لحاجة .

قال الحارثى : والأولى جواز التفضيل للحاجة ، فيما قصد به سدُّ الخلَّة . كالموقوف على فقراء أهله . انتهى .

قال ابن عقيل : وقياسه الاكتفاء بواحد .

وعنه : ـ فيمن أوصى فى فقراء مكة ـ ينظر أحوجهم .

وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا وقف على مدارس وفقهاء : هل يسوى بينهم ، أو يتفاضلون ؟ فى أحكام الناظر .

تنبيه : الذى يظهر أن محل هذا : إذا لم يكن قرينة . فإن كان قرينة : جاز التفاضل . بلا نزع . ولها نظائر . تقدم حكمها .

فائدة : لو كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار مما لا يمكن استيعابه ـ كوقف على رضى الله عنه على ولده ونسله ـ فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ، والتسوية بينهم . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِلاَّ جَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَالاقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ ﴾ .

يعنى : إذا لم يمكن حصرهم واستيعابهم . كما لو وقف على أصناف الزكاة ، أو على الفقراء والمساكين ، ونحو ذلك .

فالصحيح من المذهب : جواز الاقتصار على واحد ، كما جزم به المصنف . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَلاَّ يُجْزِيهِ أَقَلُّ مِنْ ثَلاَثَةٍ ﴾ .

وهو وجه فى الهداية وغيرها ، بناء على قولنا فى الزكاة . وأطلقهما فى المحرر .

وقيل : فى إجزاء الواحد روايتان .

فائدتان

إحداهما : لو وقف على أصناف الزكاة ، أو على الفقراء والمساكين : جاز الاقتصار على صنف منهم . على الصحيح من المذهب .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ـ ذكره فى الوصية ـ والمغنى ، والشرح ، فى المسألة الثانية .

وقالا فى الثانية : لابد من الصرف إلى الفريقين كليهما .

قال الحارثى : قياس المذهب ـ عند القاضى ، وابن عقيل ـ جواز الاقتصار على أحد الصنفين من الفقراء والمساكين . وقطع به فى التلخيص .

وعند المصنف : يجب الجمع . وحكى عن القاضى .

وقيل : لايجزىء الاقتصار على صنف ، بناء على الزكاة .

قال القاضى فى الخلاف : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : لكل صنف منهم الثمن . وأطلقهما فى الفائق .

الثانية : لو وقف على الفقراء ، أو على المساكين فقط : جاز إعطاء الصنف الآخر على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع وغيره .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه آخر : لايجوز . ذكره القاضى .

ويأتى ذلك أيضاً فى باب الموصّى له .

ولو افتقر الواقف : استحق من الوقف . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : شمله فى الأصح .

قال فى القواعد : نص عليه فى رواية المروذى .

وقيل : لايشمله . فلا يستحق شيئاً منه .

وتقدم ذلك فى أول الباب قبيل قوله « الثالث : أن يقف على معين يملك » .

قوله ﴿ وَلاَ يَدْفَعُ إِلَى وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنَ القَدْرِ الّذِى يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزّكَاةِ ، إِذَا كَانَ الوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزّكَاةِ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

واختار أبو الخطاب فى الهداية ، وابن عقيل : زيادة المسكين والفقير على خمسين درهماً . وإن منعناه منها فى الزكاة .

قوله ﴿ وَالْوَصِيّةُ كَالْوَقْفِ فِى هَذَا الْفَصْلِ ﴾ .

هذا صحيح ، لكن الوصية أعم من الوقف ، على مايأتى .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيما إذا وقف على أقرب قرابته ـ استواء الأخ من الأب والأخ من الأبوين .

ذكره فى القاعدة العشرين بعد المائة .

وذكر فى القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة : أن الشيخ تقى الدين رحمه الله اختار ـ فيما إذا وقف على ولده ـ دخول ولد الولد فى الوقف دون الوصية . وفرق بينهما .

وتقدم كلام ناظم المفردات : إذا أوصى لقرابته .

قوله ﴿ وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لاَزِمٌ . لاَ يَجُوزُ فَسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلاَ غَيْرِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا وقف فى صحته ، ثم ظهر عليه دين . فهل يباع لوفاء الدين ؟ .

فيه خلاف فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره ، ومنعه قوى .

قال جامع اختياراته ، وظاهر كلام أبى العباس : ولو كان الدين حادثا بعد الموت . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وليس هذا بأبلغ من التدبير . وقد ثبت أنه عليه أفضل الصلاة والسلام باعه فى الدين .

وتقدم « إذا وقف بعد موته ، وصححناه : هل يقع لازماً . فلا يجوز بيعه ، أو لا يقع لازماً . ويجوز بيعه ؟ » فليعاود .

فائدة : ظاهر كلام المصنف : أن الوقف يلزم بمجرد القول . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : لا يلزم إلا بالقبض ، وإخراج الوقف عن يده .

واختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى ، والحارثى .

وتقدم الكلام على ذلك عند قول المصنف « ولا يشترط إخراج الوقف عن يده فى إحدى الروايتين » فليعاود .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلاَّ أَنْ تَتَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ . فَيُبَاعُ وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِى مِثْلِهِ . وَكَذَلِكَ الفَرَسُ الْحَبِيسُ ، إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ : بِيعَ وَاشْتُرِىَ بِثَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ ، وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِى مَوْضِعِهِ

وَعَنْهُ : لا تُباعُ المَسَاجِدُ . لَـكِنْ تُنْقَلُ آلتُهَا إلَى مَسْجِدٍ آخَرَ . وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِ آلتِهِ وَصَرْفُهَا فِي عِمَارَتِهِ ﴾ .

اعلم أن الوقف لايخلو : إما أن تتعطل منافعه أو لا .

فإن لم تتعطل منافعه : لم يجز بيعه ، ولا المناقلة به مطلقاً . نص عليه فى رواية علي بن سعيد . قال : لايستبدل به ولا يبيعه ، إلا أن يكون بحال لاينتفع به .

ونقل أبو طالب : لايغير عن حاله . ولا يباع ، إلا أن لاينتفع منه بشيء . وعليه الأصحاب .

وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله ذلك لمصلحة . وقال : هو قياس الهدى . وذكره وجهاً فى المناقلة .

وأومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله .

ونقل صالح : يجوز نقل المسجد لمصلحة الناس . وهو من المفردات .

واختاره صاحب الفائق . وحكم به نائباً عن القاضى جمال الدين المسلاتى .

فعارضه القاضى جمال المرداوى ـ صاحب الانتصار ـ وقال : حكمه باطل على قواعد المذهب . وصنف فى ذلك مصنفاً رد فيه على الحاكم . سماه « الواضح الجلى فى نقض حكم ابن قاضى الجبل الحنبلى » ووافقه صاحب الفروع على ذلك .

وصنف صاحب الفائق مصنفا فى جواز المناقلة للمصلحة . سماه « المناقلة بالأوقاف وما فى ذلك من النزاع والخلاف » وأجاد فيه .

ووافقه على جوازها الشيخ برهان الدين بن القيم ، والشيخ عز الدين حمزة بن شيخ السلامية . وصنف فيه مصنفا سماه « رفع المثاقلة فى منع المناقلة » .

ووافقه أيضاً جماعة فى عصره .

وكلهم تبع للشيخ تقى الدين رحمه الله فى ذلك .

وأطلق فى القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة فى جواز إبدال الوقف مع عمارته : روايتين .

فائدة : نص الإمام أحمد رحمه الله على جواز تجديد بناء المسجد لمصلحته .

وعنه : يجوز برضى جيرانه .

وعنه : يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة .

قال فى الفروع : فيتوجه هنا مثله .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : جوز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة ، كجعل الدور حوانيت ، والحكورة المشهورة . فلا فرق بين بناء ببناء وعرصة بعرصة . هذا صريح لفظه .

وقال أيضاً ـ فيمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر ـ يعوض عنه بما لاضرر فيه على الجيران . و يعود الأول ملكا ، والثانى وقفاً . انتهى

و يجوز نقض منارته ، وجعلها فى حائطه . نص عليه .

ونقل أبو داود ـ وقد سئل عن مسجد فيه خشبتان ، لهما ثمن ، تشعث ، وخافوا سقوطه ـ أيباعان و ينفقان على المسجد ، و يبدل مكانهما جذعين ؟ قال : ما أرى به بأساً . انتهى .

وأما إذا تعطلت منافعه : فالصحيح من المذهب : أنه يباع والحالة هذه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لاتباع المساجد . لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر .

اختاره أبو محمد الجوزى ، والحارثى ، وقال : هو ظاهر كلام ابن أبى موسى .

وعنه : لاتباع المساجد ولا غيرها . لكن تنقل آلتها .

نقل جعفر ـ فيمن جعل خاناً للسبيل ، و بنى بجانبه مسجداً . فضاق المسجد ـ أيزاد منه فى المسجد ؟ قال : لا .

قيل : فإنه إن ترك ليس ينزل فيه أحد ، قد عطل ؟ قال : يترك على ما صُيِّر له .

واختار هذه الرواية الشريف ، وأبو الخطاب . قاله فى الفروع .

قال الزركشى : وحكى فى التلخيص عن أبى الخطاب : لايجوز بيع الوقف مطلقاً . وهو غريب ، لايعرف فى كتبه . انتهى .

ذكره فى التلخيص عنه فى كتاب البيع . وحكاه عنه قبل صاحب التلخيص تلميذ أبى الخطاب ، وهو الحلوانى فى كتابه .

قلت : وظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية ، فى كتاب البيع : عدم الجواز . فإنه قال : ولا يجوز بيع الوقف ، إلا أن أصحابنا قالوا : إذا إذا خرب ، أو كان فرسا فعطب : جاز بيعه وصرف ثمنه فى مثله . انتهى .

وكلامه فى الهداية فى كتاب الوقف : صريح بالصحة .

واختار أيضاً هذه الرواية ابن عقيل وصنف فيها جزءاً . حكاه عنه ابن رجب فى طبقاته .

واختار أيضاً هذه الرواية — وهى عدم البيع — الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل .

تنبيه : فعلى المذهب : المراد بتعطل منافعه : المنافع المقصودة ، بخراب أو غيره ، ولو بضيق المسجد عن أهله . نص عليه .

أو بخراب محلته . نقله عبد الله . وهذا هو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

ونقل جماعة : لايباع إلا أن لاينتفع منه بشىء أصلا ، بحيث لايرد شيئاً .

قال المصنف فى الكافى : كل وقف خرب ولم يرد شيئاً بيع .

وقال فى المغنى ومن تابعه : لايباع إلا أن يقل ريعه ، فلا يُعَدُّ نفعاً .

وقيل : أو يتعطل أكثر نفعه . نقله مهنا فى فرس كبر وضعف ، أو ذهبت عينه .

فقلت له : دار ، أو ضيعة ضعف أهلها أن يقوموا عليها ؟ قال : لا بأس ببيعها إذا كان أنفع لمن ينفق عليه منها .

وقيل : أو خيف تعطل نفعه قريباً . جزم به فى الرعاية .

قلت : وهو قوى جداً إذا غلب على ظنه ذلك .

وقيل : أو خيف تعطل أكثر نفعه قريباً .

سأله الميمونى : يباع إذا عطب أو فسد ؟ قال : إى والله ، يباع . إذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص ، باعوه وردوه فى مثله .

وسأله الشالنجى : إن أخذ من الوقف شيئاً . فعَتُق فى يده وتغير عن حاله ؟ قال : يحول إلى مثله .

وكذا قال فى التلخيص ، والترغيب ، والبلغة : لو أشرف على كسر أو هدم ، وعلم أنه إن أخر لم ينتفع به : بيع .

قلت : وهذا مما لاشك فيه .

قال فى الفروع : وقولهم « بيع » أى يجوز بيعه . نقله جماعة . وذكره جماعة .

قال فى الفروع : ويتوجه إنما قالوه : الاستثناء مما لايجوز بيعه ، وإنما يجب . لأن الولى يلزمه فعل المصلحة . وهو ظاهر رواية الميمونى وغيرها .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجب بيعه بمثله مع الحاجة ، وبلا حاجة يجوز بخير منه . لظهور المصلحة . ولا يجوز بمثله . لفوات التعيين بلا حاجة .

قال فى الفائق : وبيعه حالة تعطله أمر جائز عند البعض .

وظاهر كلامه فى المغنى : وجوبه .

وكذلك إطلاق كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وذكره فى التلخيص رعاية للأصلح . انتهى .

فوائد

الأولى : قال المصنف ، ومن تابعه : لو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته : بيع ، وإلا بيع جميعه .

قال فى الفروع : ولم أجد ماقاله لأحد قبله .

قال : والمراد مع اتحاد الواقف ، كالجهة . ثم إن أراد عينين ـ كدارين ـ فظاهر .

وكذا إن أراد عيناً واحدة ، ولم تنقص القيمة بالتشقيص . فإن نقصت توجه البيع فى قياس المذهب ، كبيع وصيٍّ لدين ، أو حاجة صغير ، بل هذا أسهل . لجواز تغيير صفاته لمصلحة ، وبيعه على قول . انتهى .

وقول صاحب الفروع « والمراد مع اتحاد الواقف » ظاهر فى أنه لايجوز عمارة وقف من ريع وقف آخر ، ولوا اتحدتا الجهة .

وقد أفتى الشيخ عبادة ـ من أئمة أصحابنا[١] ـ بجواز عمارة وقف من وقف آخر على جهته . ذكره ابن رجب فى طبقاته فى ترجمته .

قلت : وهو قوى ، بل عمل الناس عليه .

لكن قال شيخنا فى حواشى الفروع : إن كلامه فى الفروع أظهر .

وقال الحارثى : وما عدا المسجد من الأوقاف : يباع بعضه لإصلاح ما بقى .

وقال : يجوز اختصار الآنية إلى أصغر منها إذا تعطلت ، وإنفاق الفضل على الإصلاح . وإن تعذر الاختصار احتمل جعلها نوعاً آخر مما هو أقرب إلى الأول ، واحتمل أن يباع ، ويصرف فى آنية مثلها . وهو الأقرب . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : حيث جوزنا بيع الوقف ، فمن يلى بيعه ؟

لايخلو : إما أن يكون الوقف على سبل الخيرات ـ كالمساجد ، والقناطر ، والمدارس ، والفقراء والمساكين ـ ونحو ذلك ، أو غير ذلك .

فإن كان على سبل الخيرات ونحوها . فالصحيح من المذهب : أن الذى يلى البيع الحاكم . وعليه أكثر الأصحاب . وقطعوا به .

منهم : صاحب الرعاية فى كتاب الوقف ، والحارثى ، والزركشى فى كتاب الجهاد . وقال : نص عليه .

---

(١) انظر ترجمته فى الطبقات (ج ٢ ص ٣٤٢ طبع السنة المحمدية)

وقيل : يليه الناظر الخاص ، عليه إن كان . جزم به فى الرعاية الكبرى فى كتاب البيع .

قلت : وهو الصواب .

وإن كان على غير ذلك ، فهل يليه الناظر الخاص ، أو الموقوف عليه ، أو الحاكم ؟ على ثلاثة أقوال .

أحدها : يليه الناظر الخاص . وهو الصحيح .

قال الزركشى : إذا تعطل الوقف . فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه مافيه منفعة ترد على أهل الوقف . نص عليه . وعليه الأصحاب .

قال فى الفائق : ويتولى البيع ناظره الخاص . حكاه غير واحد .

وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، فقال : يبيعه الناظر فيه .

قال فى التلخيص : ويكون البائع الإمام أو نائبه . نص عليه .

وكذلك المشترى بثمنه . وهذا إذا لم يكن للوقف ناظر . انتهى .

وقدمه فى النظم . فقال :

وناظره شرعاً يلى عقد بيعه   وقيل : إن يعين مالك النفع يعقد

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، فقال : فلناظره الخاص بيعه . ومع عدمه يفعل ذلك الموقوف عليه .

قلت : إن قلنا يملكه ، وإلا فلا .

وقيل : بل يفعله مطلقاً الإمام أو نائبه . كالوقف على سبل الخيرات . انتهى .

وقدمه الحارثى ، وقال : حكاه غير واحد .

القول الثانى : يليه الموقوف عليه . وهو ظاهر ماجزم به فى الهداية .

فقال : فإن تعطلت منفعته . فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه ، وبين بيعه وصرف ثمنه فى مثله .

وكذا قال ابن عقيل فى الفصول ، وابن البنا فى عقوده ، وابن الجوزى فى

المذهب ، ومسبوك الذهب ، والسامرى فى المستوعب ، وأبو المعالى بن منجا فى الخلاصة ، وابن أبى المجد فى مصنفه .

وقدمه فى الرعاية الصغرى ، فقال : وما بطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه .

قلت : إن ملكه .

وقيل : بل لناظره بيعه بشرطه . انتهى .

وقدمه فى الحاوى الصغير .

والقول الثالث : يليه الحاكم .

جزم به الحلوانى فى التبصرة ، فقال : وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئاً ، أو خرب المسجد وماحوله ، ولم ينتفع به : فللإمام بيعه وصرف ثمنه فى مثله . انتهى .

وقدم هذا فى الفروع .

ونصره شيخنا فى حواشى الفروع . وقواه بأدلة وأقيسة . وعمل الناس عليه .

واختاره الحارثى . وهذا مما خالف المصطلح المتقدم .

فعلى الصحيح من المذهب : لو عدم الناظر الخاص ، فقيل : يليه الحاكم .

جزم به فى التلخيص ، والحارثى .

وقدمه فى الرعاية الكبرى فى كتاب العدد ـ وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله ـ وصاحب الفروع . وهذا الصحيح من المذهب .

وقيل : يليه الموقوف عليه مطلقاً .

قدمه فى الرعاية الكبرى أيضاً فى كتاب الوقف . وهو ظاهر ماقطع به الزركشى . وحكاه عن الأصحاب .

وكذا ماحكيناه عنهم . وأطلقهما فى الفائق .

وقيل : يليه الموقوف عليه ـ إن قلنا : يملكه ـ وإلا فلا . اختاره فى الرعايتين . وجزم به فى الفائق .

قلت : ولعله مراد من أطلق .

تنبيه : تلخص لنا مما تقدم فيمن يلي البيع طرق . لأن الوقف لايخلو : إما أن يكون على سبل الخيرات أولا .

فإن كان على سبل الخيرات ونحوه : فللأصحاب فيه طريقان .

أحدهما : يليه الحاكم قولا واحدا . وهو قول أكثر الأصحاب . منهم صاحب الرعاية الكبرى فى كتاب الوقف .

والطريق الثانى : يليه الناظر إن كان ، ثم الحاكم . وهى طريقته فى الرعاية الكبرى فى كتاب البيع . وهو الصواب .

و إن لم يكن الوقف على سبل الخيرات ففيه طرق للأصحاب .

أحدها : يليه الناظر . قولاً واحداً . وهى طريقة المجد فى محرره ، والزركشى . وعزاه إلى نص الإمام أحمد ، واختيار الأصحاب .

والطريق الثانى : يليه الموقوف عليه . قولا واحداً .

وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والفصول ، وعقود ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، ومصنف بن أبى المجد . كما تقدم .

الطريق الثالث : يليه الحاكم . قولا واحداً . وهى طريقة الحلوانى فى التبصرة .

الطريق الرابع : يليه الناظر الخاص ، إن كان . فإن لم يكن . فيليه الحاكم قولا واحداً . وهى طريقة صاحب التلخيص .

الطريق الخامس : هل يليه الناظر الخاص — وهو المقدم — أو الموقوف عليه ؟ فيه وجهان . وهى طريقة الناظم .

الطريق السادس : طريقة صاحب الرعاية الصغرى . وهى : هل يليه الموقوف عليه — وهو المقدم — أو إن قلنا : يملكه — واختاره — أو الناظر ؟ على ثلاثة أقوال . هى :

الطريق السابع : هل يليه الموقوف عليه ـ وهو المقدم ـ أو الناظر ؟ فيه وجهان . وهى طريقته فى الحاوى الصغير .

الطريق الثامن : طريقته فى الرعاية الكبرى . وهى : هل يليه الناظر الخاص ، إن كان هو المقدم ، أو الحاكم ؟ حكاه فى كتاب الوقف . فيه قولان .

وإن لم يكن له ناظر خاص ، فهل يليه الحاكم . وهو المقدم فى كتاب البيع ؟ وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله ، أو الموقوف عليه ؟ وهو المقدم فى كتاب الوقف . وإن قلنا : يملكه ، واختاره ؟ على ثلاثة أقوال .

الطريق التاسع : هل يليه الحاكم مطلقاً ـ وهو المقدم ـ أو الموقوف عليه ؟ على وجهين . وهى طريقة صاحب الفروع .

الطريق العاشر : يليه الناظر الخاص ، إن كان . فإن لم يكن . فهل يليه الحاكم ، أو الموقوف عليه ، إن قلنا : يملكه ؟ على وجهين مطلقين . وهى طريقة صاحب الفائق .

فهذه اثنتا عشر طريقة . ثنتان فيما هو على سبل الخيرات ونحوه . وعشرة فى غيره .

الفائدة الثالثة : إذا بيع الوقف واشترى بدله . فهل يصير وقفاً بمجرد الشراء ، أم لابد من تجديد وقفية ؟ فيه وجهان .

ذكرهما ابن رجب فى قواعده عن بعضهم ، فيما إذا أتلف الوقف متلف وأخذت قيمته . فاشترِى بها بدله . وأطلقهما .

أحدهما : يصير وقفاً بمجرد الشراء .

قال الحارثى ـ عند قول المصنف فى وطء الأمة الموقوفة « إذا أولدها ، فعليه القيمة يشترى بها مثلها : يكون وقفاً » ـ ظاهره : أن البدل يصير وقفاً بنفس الشراء . انتهى .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب هنا . لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله .

وصرح به فى التلخيص ، فقال — فى كتاب البيع — : و يصرف ثمنه فى مثله . و يصير وقفاً ، كالأول .

وصرح به أيضاً فى الرعاية فى موضعين ، فقال : فلناظره الخاص بيعه وصرف ثمنه فى مثله ، أو بعض مثله . و يكون ما اشتراه وقفاً كالأول .

وقال — فى أثناء الوقف — فإن وطىء فلا حد ، ولا مهر .

ثم قال : وفى أم ولده تعتق بموته . وتؤخذ قيمتها من تركته . يصرف فى مثله . يكون بالشراء وقفاً مكانها . وهذا صريح بلا شك .

وقال الحلوانى — فى كفاية المبتدىء — : و إذا تخرب الوقف ، وانعدمت منفعته : بيع واشترى بثمنه مايرد على أهل الوقف . وكان وقفاً كالأول .

وقال فى المبهج : و يشترى بثمنه مايكون وقفاً .

قال شيخنا الشيخ تقي الدين بن قندس البعلى — فى حواشيه على المحرر — الذى يظهر : أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعى ، ولزم العقد : أنه يصير وقفاً . لأنه كالوكيل فى الشراء ، و الوكيل يقع شراؤه للموكل . فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشترى لها . ولا يكون ذلك إلا وقفاً . انتهى . وهو الصواب .

والوجه الثانى : لابد من تجديد الوقفية . وهو ظاهر كلام الخرقى . فإنه قال : و إذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً : بيع واشترى بثمنه مايرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول .

وهو ظاهر كلامه فى المجرد أيضا ، فإنه قال : بيعت وصرف ثمنها إلى شراء دار . وتجعل وقفاً مكانها .

قال الحارثى : وبه أقول . لأن الشراء لا يصلح سبباً لإفادة الوقف . فلا بد للوقف من سبب يفيده . انتهى .

وأما الزركشي ، فإنه قال : ومقتضى كلام الخرقي : أنه لا يصير وقفاً بمجرد الشراء . بل لابد من إيقاف الناظر له . ولم أر المسألة مصرحا بها .

وقيل : إن فيها وجهين . انتهى .

الفائدة الرابعة : اقتصر المصنف ، والشارح ، والزركشي ، وجماعة ، على ظاهر كلام الخرقي : أنه لايشترط أن يشترى من جنس الوقف الذى بيع ، بل أى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف : جاز .

والذى قدمه فى الفروع : أنه يصرفه فى مثله ، أو بعض مثله . فقال : و يصرفه فى مثله ، أو بعض مثله . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

وقاله فى التلخيص وغيره ، كجهته .

وقدمه الحارثى ، وقال : هو المذهب . كما قال فى الكتاب ، ومن عداه من الأصحاب .

ونقل أبو داود فى الحبيس: يشترى مثله ، أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس .

الخامسة : إذا بيع المسجد واشترى به مكاناً يجعل مسجداً . فالحكم للمسجد الثانى . ويبطل حكم الأول .

السادسة : لا يجوز نقل المسجد مع إمكان عمارته دون العمارة الأولى . قاله فى الفنون . وقال : أفتى جماعة بخلافه ، وغلطهم .

السابعة : يجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك ، وجعل تحت أسفله سقاية وحوانيت . فى ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وأخذ به القاضى .

قال الزركشي — فى كتاب الجهاد — وقيل : لايجوز .

وأطلق وجهين فى الفروع .

وقال فى الرعاية الكبرى : فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض ، وجعل سفله سقاية وحوانيت : روعى أكثرهم . نص عليه .

وقيل : هذا فى مسجد أراد أهله إنشاءه كذلك . وهو أولى . انتهى .

واختار هذا ابن حامد . وأول كلام الإمام أحمد رحمة الله عليه .

وصححه المصنف ، والشارح .

ورد هذا التأويل بعض محققى الأصحاب من وجوه كثيرة . وهو كما قال .

قوله ﴿ وَمَا فَضَلَ مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ عَنْ حَاجَتِهِ : جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وغيره .

وعنه : يجوز صرفه فى مثله دون الصدقة به .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال أيضاً : يجوز صرفه فى سائر المصالح ، وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته .

قال : وإن علم أن ريعه يفضل عنه دائما : وجب صرفه . ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل . انتهى .

وقال فى الفائق : وما فضل من حصر المسجد أو زيته : ساغ صرفه إلى مسجد آخر ، والصدقة به على جيرانه . نص عليه .

وعنه : على الفقراء . وحكى القاضى فى صرفه ومنعه روايتين .

وكذا الفاضل من جميع ريعه ويصرف فى مسجد آخر .

ذكره القاضى فى المجرد .

قال القاضى أبو الحسين : وهو أصح .

فائدة : قال الحارثى : فضلة غلة الموقوف على معين : يتعين إرصادها . ذكره القاضى أبو الحسين .

قال الحارثى : و إنما يتأتى فيما إذا كان الصرف مقدراً . وهو واضح .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِى الْمَسْجِدِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والفروع ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

وذكر فى الإرشاد ، والمبهج : أنه يكره .

قال فى الرعاية الصغرى : إن غُرست بعد وقفه : قلعت إن ضيقت موضع الصلاة .

قال فى الرعاية الكبرى : ويحرم غرسها مطلقاً .

وقيل : إن ضيقت حرم وإلا كره .

فعلى المذهب : تقلع . نص عليه . وجزم به فى الفروع ، وغيره .

وقال فى الرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير : و إن غرست بعد وقفه قلعت .

وقيل : إن ضيقت موضع الصلاة و إلا فلا .

وتقدم كلامه فى الرعاية الصغرى .

وعلى المذهب أيضاً : يكون ثمرها لمساكين أهل المسجد .

قال فى الإرشاد ، قال الحارثى : وهو المذهب .

قال : والأقرب حله لغيرهم من المساكين أيضاً .

وقال كثير من الأصحاب : هى لمالك الأرض المغروس بها غصباً . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ مَغْرُوسَةً فِيهِ : جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا ﴾ .

يعنى إذا كانت مغروسة قبل بنائه ، أو وقفها معه .

فإذا وقفها معه وعين مصرفها : عمل به . و إن لم يعين مصرفها : كان حكمها حكم الوقف المنقطع . قدمه فى الفروع .

وقال المصنف هنا : جاز الأكل منها . وهذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب .

وقدمه في المستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال في الهداية — بعد أن قدم المنصوص — وعندى : أن هذه الرواية محمولة على ما إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمن ذلك . لأن الجيران يعمرونه ويكسونه .

وقطع بما حمله عليه أبو الخطاب في المذهب ، والخلاصة ، والفائق .

واعلم أن جماعة من الأصحاب قالوا : يصرف في مصالحه . وإن استغنى عنها فلجاره أكل ثمره . نص عليه . وجزم به في الفائق ، وغيره .

وقال جماعة : إذا استغنى عنها المسجد فلجاره ، ولغيره الأكل منها .

وقيل : يجوز الأكل للجار الفقير .

وقيل : يجوز للفقير مطلقاً . قدمه في الرعاية الكبرى . فقال : وثمرها لفقراء الدرب .

وتقدم في آخر الاعتكاف : هل يجوز البيع والشراء في المسجد أم يحرم ؟ وهل يصح أو لا ؟ .

فائدة : يحرم حفر بئر في المسجد . فإن فعل طُمَّ . نص عليه في رواية المروذى . وقدمه في الفروع .

وقال في الرعاية الكبرى — في إحياء الموات — لم يكره الإمام أحمد رحمه الله حفرها فيه .

ثم قال قلت : بلى ، إن كره الوضوء فيه . انتهى .

وقال الحارثي — في الغصب — : وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة : فعليه ضمان ماتلف بها . لأنه ممنوع منه . إذ المنفعة مستحقة للصلاة . فتعطيلها عدوان .

ونص على المنع من رواية المروذى .

ويحتمل أنه كالحفر فى السابلة . لاشتراك المسلمين فى كل منهما . فالحفر فى إحداهما كالحفر فى الأخرى . فتجرى فيه رواية ابن ثواب بعدم الضمان . انتهى .

فائدة : قال فى الفروع : وإن بنى أو غرس ناظر فى وقف : توجه أنه له إن أشهد وإلا للوقف . ويتوجه فى أجنبى بنى أو غرس : أنه للوقف بنيته .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يد الواقف ثابتة على المتصل به ، مالم تأت حجة تدفع موجبها ، كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحكم إجارة أو إعارة أو غصب .

ويد المستأجر على المنفعة . فليس له دعوى البناء بلا حجة .

ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على مافيها بحكم الاشتراك ، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه .

باب الهبة والعطية

قوله ﴿ وَهِيَ تَمْلِيكٌ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب .

وقيل : الهبة تقتضى عوضاً .

وقيل : مع عرف .

فلو أعطاه ليعاوضه ، أو ليقضى له به حاجة ، فلم يف : فكالشرط .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عِوَضًا مَعْلُومًا : صَارَتْ بَيْعًا ﴾ .

حكمها حكم البيع فى ثبوت الخيار ، والشفعة وغيرهما . هذا المذهب .

قال الحارثى : قاله القاضى وأصحابه .

وليس منصوصاً عنه ، ولا عن متقدمى أصحابه .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى الخلاصة ، وتجريد العناية . وقدمه فى الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والمذهب ، والهداية .

وقيل : هى بيع مع التقابض .

﴿ وَعَنْهُ يُغَلَّبُ فِيهَا حُكْمُ الْهِبَةِ ﴾ . ذكرها أبو الخطاب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وهو الصحيح . وهو متين جداً .

وقال عن الأول : هو ضعيف جداً . انتهى .

قال القاضى : ليست بيعاً . وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً ، وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق . ولا يخرجان عن موضوعهما .

قال فى الفروع : وإن شرطه ، وكان معلوماً : صحت ، كالعارية .

وقيل : بقيمتها بيعاً . وعنه : هبة . انتهى .

تنبيه : أفادنا المصنف رحمه الله صحة شرط العوض فيها . وهو صحيح . وهو المذهب .

وقيل : لاتصح مطلقاً .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ ثَوَاباً مَجْهُولاً : لَمْ تَصِحَّ ﴾ .

يعنى الهبة : وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم : القاضى ، وابن البنا ، وابن عقيل ، والمصنف .

قال فى الخلاصة : لم يصح فى الأصح .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه : أنه قال : يرضيه بشىء فيصح . وذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . نص عليه من رواية ابن الحكم ، وإسماعيل بن سعيد . وإليه ميل أبى الخطاب .

وصحح هذه الرواية فى الرعاية الصغرى . فقال : فإن شرطه مجهولا : صحت فى الأصح .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

فعلى هذه الرواية : يرضيه . فإنْ لَمْ يَرْضَ : فله الرُّجُوعَ فِيهَا . فيَرُدُّها بزيادة ونقص . نص عليه .

(فإنْ تَلِفَتْ) فقيمتها يوم التلف .

وهذا البناء على هذه الرواية : هو الصحيح . صححه المصنف ، وغيره .

وقيل : يرضيه بقيمة ماوهبه . وأطلقهما فى المذهب .

قال الحارثى : ويحتمل وجهاً بالبناء . وهو مايعد ثواباً لمثله عادة .

فائدة : لو ادعى شرط العوض ، فأنكر المتهب ، أو قال : وهبتنى هذا . قال : بل بعكته . ففى أيهما يقبل قوله ؟ وجهان .

وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

أحدهما : يقبل قول المتهب . وجزم به فى الكافى فى المسألة الأولى .

وقدمه الحارثى وصححه ، وقال : حكاه فى الكافى ، وغير واحد .

الوجه الثاني : القول قول الواهب . وأطلقهما فى التلخيص فى المسألة الأولى .

قوله ﴿ وَتَحْصُلُ الهِبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هِبَةً ، مِنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَالمَعَاطَاةِ المقْتَرِنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن عقيل ، والمجد فى شرح الهداية ، وغيرهما .

حتى إن ابن عقيل ، وغيره : صححوا الهبة بالمعاطاة ، ولم يذكروا فيها الخلاف الذى فى بيع المعاطاة .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الشرح ، والحارثى ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : وهل يقوم الفعل مقام اللفظ ؟ يخرج على الرواية فى البيع بالمعاطاة ، وأولى بالصحة .

قال فى الحاوى الصغير : وتنعقد بالمعاطاة .

وفى المستوعب ، والمغنى ـ فى الصداق ـ : لا تصح إلا بلفظ « الهبة » و « العفو » و « التمليك » .

وقال فى الرعاية الكبرى : وفى « العفو » وجهان .

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : وألفاظها « وهبت ، وأعطيت ، وملكت » .

والقبول « قبلت » أو « تملكت » أو « اتهبت » .

فإن لم يكن إيجاب ، ولا قبول ، بل إعطاء ، وأخذ : كانت هدية ، أو صدقة تطوع على مقدار العرف . انتهى .

وقال فى الانتصار ، فى غذاء المساكين ـ فى الظهار ـ : أطعمتكه كوهبتكه .

وذكر القاضى فى المجرد ، و أبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازى : أن الهبة والعطية لابد فيهما من الإيجاب والقبول . ولا تصح بدونه . سواء وجد القبض أو لم يوجد . قاله المصنف وغيره .

قال فى الفائق : وهو ضعيف .

وقدم فى الرعايتين : أنه لا يصح بالمعاطاة .

وتقدم التنبيه على هذه المسألة فى كتاب البيع .

فائدتان

إحداهما : لو تراخى القبول عن الإيجاب : صح ، ماداما فى المجلس ، ولم يتشاغلا بما يقطعه . قاله فى الرعاية الكبرى ، والفائق .

وقال فى الصغرى ، والحاوى الصغير : وتنعقد بالإيجاب والقبول عرفا .

وقال الزركشى : لو تقدم القبول على الإيجاب : ففى صحة الهبة روايتان . انتهى.

قلت : هى مشابهة للبيع . فيأتى هنا ما فى البيع على ماتقدم .

ثم وجدت الحارثى صرح بذلك ، ولم يحك فيه خلافا . وكذلك صاحب التلخيص .

الثانية : يصح أن يهبه شيئا ، و يستثنى نفعه مدة معلومة . و بذلك أجاب المصنف . واقتصر عليه فى القاعدة الثانية والثلاثين .

قوله ﴿ وَتَلْزَمُ بِالقَبْضِ ﴾ .

يعنى : ولا تلزم قبله . وهذا إحدى الروايتين . وهو المذهب مطلقا . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والقاضى .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا أصح . وقدمه فى المحرر ، والخلاصة ، والنظم ، والحارثى ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى الكبرى : تلزم الهبة وتملك بالقبض إن اعتبر . وهو المذهب عند ابن أبى موسى ، وغيره .

وعنه : تلزم فى غير المكيل والموزون ، بمجرد الهبة .

قال الشارح : وعلى قياسه : المعدود والمذروع .

قال فى الفروع : وعنه تلزم فى متميز بالعقد . اختاره الأكثر .

قال فى الفائق ، والحارثى : اختاره القاضى ، وأصحابه .

قال ابن عقيل : هذا المذهب .

قال الزركشى : لايفتقر المعين إلى القبض عند القاضى ، وعامة أصحابه . وقدمه فى المغنى ، وابن رزين في شرحه .

وأطلقهما فى الكافى ، والشرح ، والتلخيص ، والهداية ، والمستوعب .

وعنه : لاتلزم إلا بإذن الواهب فى القبض .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر كلام المصنف : صحة الهبة بمجرد العقد . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وظاهر كلام الخرقى ، وطائفة : أن مايكال ويوزن لايصح إلا مقبوضا .

قال الخرقى : ولا تصح الهبة والصدقة ، فيما يكال ويوزن ، إلا بقبضه .

قال فى الانتصار ، فى البيع بالصفة : القبض ركن فى غير المتعين ، لايلزم العقد بدونه . نقله الزركشى . وصححه الحارثى .

ويأتى كلام ابن عقيل قريبا .

الثانية : قوله ﴿ فى المكيل والموزون لاتلزم فيه إلا بالقبض ﴾ محمول على عمومه فى كل مايكال ويوزن .

قال الشارح ، والمصنف : وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه . كقفيز من صبرة ، ورطل من زُبْرة .

قال : وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، ورجحنا العموم .

قال فى الفروع : كما تقدم .

وعنه : تلزم فى متميز بالعقد .

قال الزركشى : هبة غير المتعين ــ كقفيز من صبرة ، ورطل من زبرة ــ تفتقر إلى القبض بلا نزاع .

فائدة : تملك الهبة بالعقد أيضاً . قاله المصنف ومن تابعه .

ونقله فى التلخيص . وقدمه فى الفائق .

وقاله أبو الخطاب فى انتصاره فى موضع .

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين : قاله كثير من الأصحاب . ومنهم أبو الخطاب فى انتصاره ، وصاحب المغنى ، والتلخيص ، وغيرهم .

وقيل : يتوقف الملك على القبض . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم . وجزم به فى المحرر .

قال فى الكافى : لا يثبت الملك للموهوب له فى المكيل والموزون إلا بقبضه . وفيما عداهما روايتان .

وقال فى شرح الهداية : مذهبنا أن الملك فى الموهوب لا يثبت بدون القبض

وفرع عليه : إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر ، والعبد موهوب : لم يقبض . ثم قبض ــ وقلنا : يعتبر فى هبته القبض ــ ففطرته على الواهب .

وكذا صرح ابن عقيل : أن القبض ركن من أركان الهبة . كالإيجاب فى غيرها . وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً .

قال ذلك فى القاعدة التاسعة والأربعين .

وقيل : يقع الملك مراعى . فإن وجد القبض : تبينا أنه كان للموهوب بقبوله ، وإلا فهو للواهب .

وحكى عن ابن حامد ، وفرع عليه حكم الفطرة .

وأطلقهما فى الفروع . وهما روايتان فى الانتصار فى نقل الملك بعقد فاسد .

قال فى الفروع : وعليهما يخرج النماء .

وذكر جماعة : إن اتصل القبض .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ القَبْضُ إلاَّ بِإذْنِ الْوَاهِبِ ﴾ .

يعنى إذا قلنا : إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض . وهذا المذهب بشرطه الآتى . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال فى الترغيب ، والبلغة ، والتلخيص : وفى صحة قبضه بدون إذنه روايتان

والإذن لا يتوقف على اللفظ . بل المناولة والتخلية إذنٌ

وظاهر كلام القاضى : اعتبار اللفظ فيه .

قال الحارثى : وعنه يصح القبض بغير إذنه .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ إلاّ مَا كَانَ فِى يَدِ المتَّهِبِ . فَيَكْفِى مُضِىّ زَمَنٍ يَتَأَتَّى قَبْضُهُ فِيهِ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، والسامرى .

وجزم به فى البلغة ، والتلخيص . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وعنه : ما كان فى يد المتهب يلزم بالعقد . وهو المذهب .

قال الشارح : هذا الصحيح ، إن شاء الله تعالى .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعايتين : وهو أولى . وكذا قال الحارثى .

وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز .

وعنه : لايصح القبض حتى يأذن فيه أيضاً . و يمضى زمن يتأتى قبضه فيه .

جزم به فى الخلاصة . واختاره القاضى أيضاً .

وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى الرعاية الكبرى : ومن اتهب شيئاً فى يده ـ يعتبر قبضه ـ فقبله : اعتبر إذن الواهب فيه على الأشهر . ثم مُضِيُّ زمن يمكن قبضه فيه ليملكه .

وقيل : يعتبر مضى الزمن دون إذنه .

وأطلق الأولى والثالثة فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وأطلق الثانية ، والثالثة فى الكافى .

تنبيه : الاستثناء الثانى فى كلام المصنف : من قوله « وتلزم بالقبض » لا من قوله « ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب » .

فائدتان

إحداهما : صفة القبض هنا : كقبض المبيع .

وعلى القول بأنه لابد من مضى مدة يتأتى قبضه فيها . فإن كان منقولا : فبمضى مدة نقله فيها .

وإن كان مكيلا أو موزوناً : فبمضى مدة يمكن اكتياله واتزانه فيها .

وإن كان غير منقول : فبمضى مدة التخلية .

وإن كان غائباً : لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه ، هو ، أو وكيله . ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها .

ذكر معنى ذلك فى الشرح وغيره ، فى باب الرهن . وكذا حكم قبض الرهن .

الثانية : له أن يرجع فى الإذن قبل القبض . وله أن يرجع فى نفس الهبة قبل القبض . على الصحيح من المذهب فيهما .

وقيل : لايصح الرجوع فيهما .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الوَاهِبُ : قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِى الإِذْنِ وَالرُّجُوعِ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

واختاره صاحب التلخيص ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى فى المجرد : يبطل عقد الهبة .

جزم به فى الفصول . وقدمه فى فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة : وهو المنصوص فى رواية ابن منصور ، واختيار ابن أبى موسى .

وقاله القاضى ، وابن عقيل فى الهبة فى الصحة .

وأما فى المرض ـ إذا مات قبل إقباضها ـ فجملا الورثة بالخيار لشبهها بالوصية . انتهى .

فائدة : لو وهب الغائب هبة ، وأنفذها مع رسول الموهوب له ، أو وكيله ، ثم مات الواهب ، أو الموهوب له قبل وصولها : لزم حكمها . وكانت للموهوب له . لأن قبض الرسول والوكيل كقبضه .

وإن أنفذها الواهب مع رسول نفسه ، ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له ، أو مات الموهوب له : بطلت . وكانت للواهب ولورثته لعدم القبض .

وكذلك الحكم فى الهدية . نص على ذلك .

تنبيه : أفادنا المصنف رحمه الله تعالى بقوله « قام وارثه مقامه » أن إذن الواهب يبطل بموته . وهو صحيح . وكذلك يبطل إذنه بموت المتهب .

فوائد

الأولى : لو مات المتهب قبل قبوله : بطل العقد . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يبطل .

الثانية : يقبض الأب للطفل من نفسه بلا نزاع . ولا يحتاج إلى قبول من نفسه . على الصحيح من المذهب . و يكتفى بقوله « وهبته . وقبضته له »

وقال القاضى : لابد فى هبة الولد أن يقول « قبلته » .

وهو مبنى على اشتراط القبول ، على ماتقدم قريباً . والمذهب خلافه .

وقال بعض الأصحاب : يكتفى بأحد لفظين ، إما أن يقول « قد قبلته » أو « قبضته » .

و إن وهب ولىٌّ غير الأب ، فقال أكثر الأصحاب : لابد أن يوكل الواهب من يقبل للصبى ويقبض له . ليكون الإيجاب من الولى ، والقبول والقبض من غيره ، كما فى البيع . بخلاف الأب . فإنه يجوز أن يوجب و يقبل و يقبض .

قال المصنف ، والصحيح عندى : أن الأب وغيره فى هذا سواء .

قال فى الفروع : وفى قبض ولىّ غير الأب من نفسه : روايتا شرائه و بيعه له من نفسه .

الثالثة : لايصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله . ووليه يقوم مقامه فيهما .

فإن لم يكن له أب فوصيه . فإن لم يكن فالحاكم الأمين ، أو من يقيموه مقامهم . ولا يقوم غير هؤلاء الثلاثة مقامهم .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم .

الرابعة : لايصح من المميز قبض الهبة ولا قبولها . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور .

وقال فى القواعد الأصولية ـ تبعاً للحارثى ـ : هذا أشهر الروايتين . وعليه معظم الأصحاب .

وعنه : يصح قبضه وقبوله . اختاره المصنف فى المغنى ، والحارثى .

وقال فى المغنى : ويحتمل أن تقف صحة قبضه على إذن وليه دون القبول . وفرق بينهما .

وتقدم فى الحجر : هل تصح هبته ؟

والسفيه كالمميز فى ذلك ، وأولى بالصحة .

والوصية كالهبة فى ذلك .

الخامسة : قال القاضى فى المجرد : يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه . فيكون نصفه مقبوضا تملكا ، ونصف الشريك أمانة بيده . انتهى .

وجزم به فى الحاوى الصغير ، والرعايتين .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : فى المجرد والفصول : يكون نصف الشريك وديعة عنده .

وقال ابن عقيل فى الفنون : يكون قبض نصف الشريك عارية مضمونة . انتهى .

قلت : لو قيل : إن جاز له أن يتصرف ، وتصرف : كان عارية . وإن لم يتصرف : فوديعة ـ لكان متجها .

ثم وجدته فى القاعدة الثالثة والأربعين حكى كلامه فى الفنون ، فقال : قال ابن عقيل فى فنونه : هو عارية ، حيث قبضه لينتفع به بلا عوض .

قال صاحب القواعد : وهو صحيح إن كان أذن له فى الانتفاع مجانا . أما إن طلب منه أجرة : فهى إجارة .

وإن لم يأذن فى الانتفاع بل فى الحفظ : فوديعة . انتهى . وفيه نظر .

السادسة : لو قال أحد الشريكين للعبد المشترك : أنت حبيس على آخرنا موتا : لم يعتق بموت الأول منهما . ويكون فى يد الثانى عارية . فإذا مات عتق . ذكره القاضى فى المجرد .

وذكره فى القاعدة الثالثة والأربعين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَحَلَّهُ مِنْهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ﴾ .

وكذا إن أسقطه عنه ، أو تركه له ، أو ملكه له ، أو تصدق به عليه ، أو عفا عنه : برئت ذمته ﴿ وإن رَدَّ ذلك وَلَمْ يَقْبَلْهُ ﴾ .

اعلم أنه إذا أبرأه من دينه ، أو وهبه له ، أو أحلّه منه ، أو نحو ذلك ـ وكان المبرىء والمبرأ يعلمان الدين ـ صح ذلك ، وبرىء ، وإن رده ولم يقبله . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : يشترط القبول .

قال في الفروع ، وفي المغني : في إبرائها له من المهر : هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟

فيتوجه منه احتمال : لا يصح به . وإن صح اعتبر قبوله .

وفي الموجز ، والإيضاح : لا تصح هبة في عين .

وقال في المغني : إن حلف لا يهبه ، فأبرأه : لم يحنث . لأن الهبة تمليك عين .

قال الحارثي : تصح بلفظ « الهبة » و « العطية » مع اقتضائهما وجود معين . وهو منتف . لإفادتهما لمعنى الإسقاط هنا .

قال : ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة : لم يصح . لانتفاء معنى الإسقاط . وانتفاء شرط الهبة .

ومن هنا : امتنع هبته لغير من هو عليه . وامتنع إجزاؤه عن الزكاة ، لانتفاء حقيقة الملك . انتهى .

وقال في الانتصار : إن أبرأ مريض من دينه ـ وهو كل ماله ـ ففي براءته من ثلثه ، قبل دفع ثلثيه : منع وتسليم . انتهى .

وأما إن علمه المبرأ ـ بفتح الراء ـ أو جهله ، وكان المبرىء ـ بكسرها ـ يجهله : صح ، سواء جهل قدره ، أو وصفه ، أوهما . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم .

قال فى القواعد : هذا أشهر الروايات .

وعنه : يصح مع جهل المبرأ ـ بفتح الراء ـ دون علمه .

وأطلق ـ فيما إذا عرفه المديون ـ فيه الروايتين ، فى الرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه لايصح ، ولو جهلاه ، إلا إذا تعذر علمه .

وقال فى المحرر : ويتخرج أن يصح بكل حال ، إلا إذا عرفه المبرأ ، وظن المبرىء جهله به : فلا يصح . انتهى .

وعنه : لاتصح البراءة من المجهول ، كالبراءة من العيب .

ذكرها أبو الخطاب ، وأبو الوفاء . كما لو كتمه المبرأ خوفا من أنه لو علمه المبرىء : لم يبرئه . قاله فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق ، خوفاً من أنه إذا علمه : لم يسمح بإبرائه منه ، فينبغى أن لاتصح البراءة فيه . لأن فيه تغريراً بالمبرىء . وقد أمكن التحرز منه . انتهيا .

وتابعهما الحارثى . وقال : ظاهر كلام أبى الخطاب : الصحة مطلقاً .

قال : وهذا أقرب .

فوائد

الأولى : من صور البراءة من المجهول : لو أبرأه من أحدهما ، أو أبرأه أحدهما .

قاله الحلوانى ، والحارثى .

وقالا : يصح ، ويؤخذ بالبيان ، كطلاقه إحداهما ، وعتقه أحدَهما .

قال فى الفروع : يعنى ثم يقرع . على المذهب .

الثانية : قال المصنف وغيره ، قال أصحابنا : لو أبرأه من مائة ـ وهو يعتقد أن لاشىء عليه ، فكان له عليه مائة ـ ففى صحة الإبراء وجهان .

صحح الناظم : أن البراءة لاتصح .

قال الحارثى : وهذا أظهر . وأطلقهما فى الفروع .

أصلهما : لو باع مالا لموروثه ، يعتقد أنه حى – وكان قد مات وانتقل ملكه إليه – فهل يصح البيع ؟ فيه وجهان .

وتقدم الصحيح منهما فى كتاب البيع ، بعد تصرف الفضولى . فكذا هنا .

وقال القاضى : أصل الوجهين : من واجه امرأة بالطلاق يظنها أجنبية ، فبانت امرأته ، أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته .

و يأتى ذلك فى آخر باب الشك فى الطلاق .

الثالثة : لاتصح هبة الدين لغير من هو فى ذمته . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

و يحتمل الصحة ، كالأعيان . ذكره المصنف ومن بعده .

قال فى الفائق : والمختار الصحة .

قال الحارثى : وهو أصح . وهو المنصوص فى رواية حرب – فذكره – إن اتصل القبض به .

وتقدم حكم هبة دين السلم فى بابه محرراً . فليعاود .

الرابعة : لاتصح البراءة بشرط . نص عليه ، فيمن قال « إن متَّ فأنت فى حل » فإن ضم التاء . فقال « إن متُّ فأنت فى حل » فهو وصية .

وجعل الإمام أحمد رحمه الله تعالى رجلا فى حل من غيبته ، بشرط أن لايعود . وقال : ما أحسن الشرط .

فقال فى الفروع : فيتوجه فيهما روايتان .

وأخذ صاحب النوادر من شرطه « أن لا يعود » رواية فى صحة الإبراء بشرط وذكر الحلوانى : صحة الإبراء بشرط . واحتج بنصه المذكور هنا أنه وصية .

وأن ابن شهاب ، والقاضى ، قالا : لايصح على غير موت المبرىء . وأن الأول أصح . لأنه إسقاط .

وقدم الحارثى ماقاله الحلوانى ، وقال : إنه أصح .

الخامسة : لايصح الإبراء من الدين قبل وجوبه . ذكره الأصحاب . نقله الحلوانى عنه .

وجزم جماعة : بأنه تمليك .

ومنع بعضهم : أنه إسقاط ، وأنه لايصح بلفظ الإسقاط ، وإن سلمناه : فكأنه ملكه إياه ، ثم سقط .

ومنع أيضاً : أنه لايعتبر قبوله . وإن سلمناه : فلأنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه .

وقال : العفو عن دم العمد تمليك أيضاً .

وفى صحيح مسلم «أن أبا اليسر الصحابى رضى الله عنه قال لغريمه : إذا وجدت قضاء فاقضِ . وإلا فأنت فى حل» .

وأعلم به الوليد بن عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، وابنه ، وهما تابعيان . فلم ينكراه .

قال فى الفروع : وهذا متجه . واختاره شيخنا .

السادسة : لو تبارآ . وكان لأحدهما على الآخر دين مكتوب . فادعى استثناءه بقلبه ، ولم يبرئه منه : قُبل قوله . ولخصمه تحليفه .

ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفروع : وتتوجه الروايتان فى مخالفة النية للعام بأيهما يُعمل .

السابعة : قال القاضى محب الدين بن نصر الله ـ فى حواشى الفروع ـ الإبراء من المجهول : عندنا صحيح . لكن هل هو عام فى جميع الحقوق ، أو خاص بالأموال ؟ ظاهر كلامهم : أنه عام .

قلت : صرح به فى الفروع فى آخر القذف . وقدمه .

وقال الشيخ عبد القادر ـ فى الغنية ـ لا يكفى الاستحلال المبهم .

ويأتى ذلك محرراً هناك .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ هِبَةُ المشَاعِ ﴾ .

هذا المذهب المقطوع به ، عند الأصحاب قاطبة .

وفى طريقة بعض الأصحاب : ويتخرج لنا من عدم إجارة المشاع : أنه لا يصح رهنه ولا هبته .

قوله ﴿ وَكُلِّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ﴾ .

يعنى : تصح هبته . وهذا صحيح . ونص عليه .

ومفهومه : أن مالا يجوز بيعه لا تجوز هبته . وهو المذهب .

وقدمه فى الفروع . واختاره القاضى .

وقيل : تصح هبة مايباح الانتفاع به من النجاسات . جزم به الحارثى .

وتصح هبة الكلب . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح . واختاره الحارثى .

قال فى القاعدة السابعة والثمانين : وليس بين القاضى وصاحب المغنى خلاف فى الحقيقة . لأن نقل اليد فى هذه الأعيان جائز ، كالوصية . وقد صرح به القاضى فى خلافه . انتهى .

نقل حنبل ـ فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد ـ ترى أن يثيب عليه ؟ قال : هذا خلاف الثمن . هذا عوض من شىء . فأما الثمن : فلا .

وأطلق فى الكلب المعلم وجهين فى الرعايتين ، والقواعد الفقهية .

وقيل : وتصح أيضاً هبة جلد الميتة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويظهر لى صحة هبة الصوف على الظهر قولا واحداً .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف أيضاً : أنه لاتصح هبة أم الولد . إن قلنا لايجوز بيعها . وهو صحيح . وهو المذهب .

وقيل : يصح هنا ، مع القول بعدم صحة بيعها .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق .

قلت : ينبغى أن يقيد القول بالصحة . بأن يكون حكمها حكم الإماء فى الخدمة ونحوها ، إلى أن يموت الواهب ، فتعتق . وتخرج من الهبة .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ هِبَةُ المجْهُولِ ﴾ .

اعلم أن الموهوب المجهول : تارة يتعذر علمه . وتارة لايتعذر علمه .

فإن تعذر علمه : فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم الصلح على المجهول المتعذر علمه ، كما تقدم . وهو الصحة .

قطع به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والمنور ، وغيرهم .

وهو ظاهر ماجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وظاهر كلام المصنف ، وأكثر الأصحاب : أنه لايصح . لإطلاقهم عدم الصحة فى هبة المجهول من غير تفصيل .

وهو ظاهر رواية أبى داود وحرب الآتيتين .

وإن لم يتعذر علمه : فالصحيح من المذهب : أنها لاتصح . وعليه جماهير الأصحاب ، وأكثرهم قطع به .

نقل حرب : لاتصح هبة المجهول .

وقال فى رواية حرب أيضاً : إذا قال « شاة من غنمى » ـ يعنى وهبتها له ـ لم يجز .

وقال المصنف : ويحتمل أن الجهل إذا كان من الواهب : منع الصحة . وإن كان من الموهوب له : لم يمنعها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وتصح هبة المجهول . كقوله « ماأخذت من مالى فهو لك » أو « من وجد شيئاً من مالى : فهو له » .

واختار الحارثى : صحة هبة المجهول .

فائدة : لو قال « خذ من هذا الكيس ماشئت » كان له أخذ مافيه جميعاً .

ولو قال « خذ من هذه الدراهم ماشئت » لم يملك أخذها كلها . إذ الكيس ظرفا . فإذا أخذ المظروف : حسن أن « يقول أخذت من الكيس مافيه » ولايحسن أن يقول « أخذت من الدراهم كلها » نقله الحارثى عن نوادر ابن الصيرفى .

قوله ﴿ وَلا مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ﴾ .

يعنى لا تصح هبته . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تصح هبته .

قال فى الفروع : ويتوجه من هذا القول : جواز هبة المعدوم وغيره .

قلت : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : صحة هبة المعدوم . كالثمر واللبن بالسنة .

قال : واشتراط القدرة على التسليم هنا : فيه نظر ، بخلاف البيع .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا عَلَى شَرْطٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا ما استثناه . وقطع به أكثرهم .

وذكر الحارثى جواز تعليقها على شرط .

قلت : واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق .

تنبيه : قوله ﴿ وَلاَ شَرْطُ مَا يُنَافِى مُقْتَضَاهَا ، نَحْوَ : أَنْ لاَ يَبِيعَهَا ، وَلاَ يَهَبَهَا ﴾ .

هذا الشرط باطل بلا نزاع .

لـكن هل تصح الهبة أم لا ؟ فيه وجهان . بناء على الشروط الفاسدة فى البيع على ماتقدم .

والصحيح من المذهب : الصحة .

قوله ﴿ وَلاَ توقيتها . كَقَوْلِهِ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا ما استثناه المصنف .

وذكر الحارثى الجواز .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قوله ﴿ إلاَّ فِى العُمْرَى ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ أَرْقَبْتُـكَهَا ، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرَكَ ، أَوْ حَيَاتَكَ ﴾ .

وكذا قوله « أعطيتكها » أو « جعلتها لك عُمْرى ، أو رُقْبى أو مابقيت » فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَتَـكُونُ لِلْمُعْمَرِ — بفتح الميم — ﴿ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ ﴾ .

هذه « العمرى والرقبى » وهى صحيحة بهـذه الألفاظ . وتـكون للمُعْمَر ولورثته من بعده . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى : « العمرى » المشروعة ، أن يقول : هى لك ولعقبك من بعدك لاغير .

ونقل يعقوب ، وابن هانىء : من يَعْمُر الجارية ، هل يطؤها ؟ قال : لا أراه .

وحمله القاضى على الورع . لأن بعضهم جعلها تمليك المنافع .

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة : وهو بعيد . والصواب تحريمه ، وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر .

فائدة : لو لم يكن له ورثة كان لبيت المال .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَي الْمُعْمِرِ — بكسر الميم — عِنْدَ مَوْتِهِ ، أَوْ قَالَ : هِيَ لآخِرِنَا مَوْتاً : صَحَّ الشَّرْطُ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وعنه : لا يصح الشرط . وتكون للمعمر ـ بفتح الميم ـ ولورثته من بعده . وهو المذهب .

قال المصنف : هذا ظاهر المذهب . نص عليه فى رواية أبى طالب .

قال فى الفائق : هذا المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعاية الكبرى .

وأطلقهما فى التلخيص ، والشرح .

قال الحارثى ـ عن الرواية الأولى ـ : هو المذهب .

وقال ـ عن الثانية ـ لا تصح الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله بصحة الشرط .

تنبيه : من لازم صحة الشرط : صحة العقد ، ولا عكس .

والصحيح من المذهب : أن العقد فى هذه المسألة صحيح .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفائق ، وغيره : هذا المذهب .

وعنه : لا يصح العقد أيضاً .

قال الحارثى : وذكر ابن عقيل ، وغيره : وجهاً ببطلان العقد . لبطلان الشرط ، كالبيع . ولا يصح . انتهى .

فائدة : لا يصح إعماره المنفعة ، ولا إرقابها .

فلو قال « سكنى هذه الدار لك عمرك » أو « غلة هذا البستان » أو « خدمة

هذا العبد لك عمرك » أو « منحتكه عمرك » أو « هو لك عمرك » فذلك عارية .
له الرجوع فيها متى شاء فى حياته أو بعد موته .

نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

ونقل أبو طالب : إذا قال « هو وقف على فلان . فإذا مات فلولدى ، أو لفلان »
فكما لو قال « إذا مات فهو لولده ، أو لمن أوصى له الواقف » ليس يملك منه
شيئاً . إنما هو لمن وقفه . يضعه حيث شاء . مثل السكنى، والسكنى متى شاء رجع فيه .

ونقل حنبل ــ فى الرقبى والوقف ــ إذا مات فهو لورثته ، بخلاف السكنى .

ونقل حنبل أيضاً : العمرى والرقبى والوقف معنى واحد ، إذا لم يكن فيه
شرط : لم يرجع إلى ورثة المعمر . وإن شرط فى وقفه أنه له حياته : رجع . وإن جعله
له حياته وبعد موته فهو : لورثة الذى أعمره ، وإلا رجع إلى ورثة الأول .

وتقدم حكم الوقف المؤقت .

قوله ﴿ وَالْمَشْرُوعُ فِى عَطِيَّةِ الأَوْلَادِ : القِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ﴾

هذا المذهب . نص عليه فى رواية أبى داود ، وحرب ، ومحمد بن الحكم ،
والمروذى ، والكوسج ، وإسحاق بن إبراهيم ، وأبى طالب ، وابن القاسم ، وسندى
وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ،
والتلخيص ، والزركشى .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والرعاية ، والحارثى ،
وغيرهم .

وعنه : المشروع أن يكون الذكر كالأنثى كما فى النفقة .

اختاره ابن عقيل فى الفنون ، والحارثى .

وفى الواضح وجه : تستحب التسوية بين أب وأم ، وأخ وأخت .

قال فى رواية أبى طالب : لاينبغى أن يفضل أحداً من ولده فى طعام ولاغيره كان يقال « يعدل بينهم فى القُبَل » .

قال فى الفروع : فدخل فيه نظر وقف .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولا يجب على المسلم التسوية بين أولاده الذمة .

تنبيهات

الأول : يحتمل قوله « فى عطية الأولاد » دخول أولاد الأولاد .

يقو يه قوله «القسمة بينهم على قدر إرثهم» فقد يكون فى ولد الولد من يرث .

وهذا المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

ويحتمل أن هذا الحكم مخصوص بأولاده لصلبه . وهو وجه .

وذكر الحارثى : لا ولد بنيه و بناته .

الثانى : قوة كلام المصنف : تعطى أن فعل ذلك على سبيل الاستحباب .

وهو قول القاضى فى شرحه .

وتقدم كلامه فى الواضح .

والصحيح من المذهب : أنه إذا فعل ذلك يجب عليه . ولا يأباه كلام المصنف هنا .

وجزم به فى المحرر ، والتلخيص ، والنظم ، والوجيز ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الفروع ، والحارثى .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقال : هو المذهب .

الثالث : مفهوم قوله « والمشروع فى عطية الأولاد » أن الأقارب الوارثين غير الأولاد : ليس عليه التسوية بينهم . وهو اختيار المصنف ، والشارح .

قال فى الحاوى الصغير : وهو أصح .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . فإنه قال : يجب التعديل فى عطية أولاده بقدر إرثهم منه .

قال الحارثى : هو المذهب . وعليه المتقدمون ، كالخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى .

قال فى الفروع : وهو سهو . انتهى .

والصحيح : أن حكم الأقارب الورّاث فى العطية كالأولاد . نص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والفائق ، والفروع . وقال : اختاره الأكثر .

وأما الزوج والزوجة : فلا يدخلان فى لفظ الأولاد والأقارب . بلا نزاع بين الأصحاب . فهم خارجون من هذه الأحكام .

صرح به فى الرعاية ، وغيرها . وهو ظاهر كلام الباقين .

الرابع : ظاهر كلام المصنف : مشروعية التسوية فى الإعطاء . سواء كان قليلا أو كثيراً ، وسواء كانوا كلهم فقراء أو بعضهم .

واعلم أن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ نص على أنه يعفى عن الشىء التافه .

وقال القاضى أبو يعلى الصغير : يعفى عن الشىء اليسير .

وعنه : يجب التسوية أيضاً فيه ، إذا تساووا فى الفقر أو الغنى .

قوله ﴿ فَإِنْ خصّ بَعْضَهُمْ ، أَوْ فضَّلَه : فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ ، أَوْ إِعْطَاء الآخَرِ حَتَّى يَسْتَوُوا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع والرعايتين ، وغيرهم .

قال الزركشى : نص عليه فى رواية يوسف بن موسى . وهو ظاهر كلام الأكثرين . انتهى .

قال الحارثى : وهو ظاهر إيراد الكتاب ، ونصره .

وتحريم فعل ذلك فى الأولاد ، وغيرهم من الأقارب : من المفردات .

وقيل : إن أعطاه لمعنى فيه ـ من حاجة ، أو زمانة ، أو عمى ، أو كثرة عائلة ، أو لاشتغاله بالعلم ونحوه . أو منع بعض ولده لفسقه ، أو بدعته ، أو لكونه يعصى الله بما يأخذه ونحوه ـ جاز التخصيص .

واختاره المصنف . واقتصر عليه ابن رزين فى شرحه . إلا أن تكون النسخة مغلوطة .

وقطع به الناظم . وقدمه فى الفائق . وقال : هو ظاهر كلامه .

قلت : قد روى عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على ذلك .

فإنه قال فى تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس إذا كان لحاجة . وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة والعطية ، فى معنى الوقف .

قلت : وهذا قوى جداً .

قوله ﴿ فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الآخَرِ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى أن التسوية : إما بالرجوع ، و إما بالإعطاء .

قال فى الفروع : هذا الأشهر . نص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إلا « الرجوع » فقط . وقاله الخرقى ، وأبو بكر .

قال الحارثى ، والأظهر : أن المنقول عن الإمام أحمد رحمه الله ليس قولين مختلفين ،إنما هو اختلاف حالين .

تنبيه : ظاهر قوله « أو إعطاء الآخر » ولو كان إعطاؤه فى مرض الموت . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال الشارح : وهو الصحيح . وصححه فى الفائق .

قال الزركشى : أولى القولين : الجواز . واختاره المصنف ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

وعنه : لا يعطى فى مرضه . وهو قول قدمه فى الرعايتين .

قال الحارثى : أشهر الروايتين : لا يصح .

نص عليه فى رواية المروذى ، ويوسف بن موسى ، والفضل بن زياد ، وعبد الكريم بن الهيثم ، وإسحاق بن إبراهيم .

ونقل الميمونى وغيره : لا ينفذ .

وقال أبو الفرج وغيره : يؤمر برده .

فائدتان

إحداهما : يجوز التخصيص بإذن الباقى . ذكره الحارثى . واقتصر عليه فى الفروع .

الثانية : يجوز للأب تملكه بلا حيلة . قدمه الحارثى . وتابعه فى الفروع . ونقل ابن هانىء : لا يعجبنى أن يأكل منه شيئاً .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ : ثَبَتَ لِلْمُعطَى ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم الخلال ، وصاحبه أبو بكر ، والخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، وأصحابه ، ومن بعدهم . قاله الحارثى .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

قال فى الرعايتين : لم يرجع الباقون على الأصح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، وغيرهم .

وعنه : لا يثبت . وللباقين الرجوع .

اختاره أبو عبد الله بن بطة ، وصاحبه أبو جعفر العكبريان ، وابن عقيل ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق .

وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وأما الولد المفضل : فينبغى له الرد بعد الموت قولا واحداً .

قال فى المغنى ، والشرح : يستحب للمعطَى أن يساوى أخاه فى عطيته .

وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله بطلان العطية .

واختاره الحارثى . وذكر : أن بعضهم نقله عن الإمام أحمد رحمه الله .

وذكر ابن عقيل فى الصحة روايتين .

فوائد

إحداها : قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : حكم ما إذا وُلد له ولدٌ بعد موته : حكمُ موته قبل التعديل المذكور بالإعطاء أو الرجوع .

واختار الحارثى هنا عدم الوجوب .

وقال : إن حدث بعد الموت فلا رجوع للحادث على إخوته . وقاله الأصحاب أيضاً .

وفى المغنى : تستحب التسوية بينهم و بينه .

الثانية : محل ماتقدم : إذا فعله فى غير مرض الموت .

فأما إن فعله فى مرض الموت : فإنهم يرجعون .

قال فى الرعاية : فإن فعل ذلك فى مرض موته : فلهم الرجوع فيه .

الثالثة : لاتجوز الشهادة على التخصيص ، لا تحملا ولا آداء . قاله فى الفائق وغيره .

قال الحارثى : قاله الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الرعاية : إن علم الشهود جَوره وكذبه : لم يتحملوا الشهادة . وإن تحملوها ثم علموا : لم يؤدوها فى حياته ، ولا بعد موته . ولا إثم عليهم بعدم الأداء . وكذا إن جهلوا أن له ولداً آخر . ثم علموه .

قلت : بلى . إن قلنا : قد ثبت الموهوب لمن وهب له . وإلا فلا . انتهى .

قال الحارثى : والعلم بالتفضيل أو التخصيص يمنع تحمل الشهادة وأداءها . مطلقاً . حكاه الأصحاب . ونص عليه .

الرابعة : لا يكره للحى قَسْم ماله بين أولاده . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع . وقال : نقله الأكثر .

وعنه : يكره .

قال فى الرعاية الكبرى : يكره أن يقسم أحدٌ ماله فى حياته بين ورثته إذا أمكن أن يولد له . وقطع به . وأطلقهما الحارثى .

ونقل ابن الحكم : لايعجبنى .

فلو حدث له ولد سَوَّى بينهم ندباً .

قال فى الفروع : وقدمه بعضهم .

وقيل : وجوبا .

قال الإمام أحمد رحمه الله : أعجبُ إلىَّ أن يسوى بينهم .

واقتصر على كلام الإمام أحمد رحمه الله فى المغنى ، والشرح .

قلت : يتعين عليه أن يسوى بينهم .

قوله ﴿ وَإنْ سَوّى بَيْنَهُمْ فِي الوَقْفِ ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثَهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ : جَازَ . نَصّ عَلَيْهِ ﴾ .

ذكر المصنف رحمه الله هنا مسألتين :

إحداهما : إذا سوى بينهم فى الوقف : جاز . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

جزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه فى الخلاصة ، وغيره .

قال الحارثى : المذهب الجواز .

قال القاضى : لا بأس به .

ونقل ابن الحكم : لا بأس . قيل : فإن فضل ؟ قال : لا يعجبنى على وجه الأثرة . إلا لعيال بقدرهم .

وقياس المذهب : لايجوز .

وهو احتمال فى المحرر ، وغيره .

واختاره أبو الخطاب فى الانتصار ، والمصنف ، والحارثى .

وقيل : إن قلنا إنه ملكُ من وقف عليه : بطل . و إلا صح .

فعلى المذهب : يستحب التسوية أيضاً . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والتلخيص ، وقال : هذا المذهب .

وقيل : المستحب القسمة على حسب الميراث ، كالعطية .

اختاره المصنف ، والشارح ، وقالا : ماقاله القاضى لا أصل له . وهو ملغًى بالميرات والعطية .

المسألة الثانية : إذا وقف ثلثه فى مرضه على بعضهم . وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم : جاز على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : هذه الرواية أشهر .

قال ابن منجا ، والحارثى فى شرحهما : هذا المذهب .

قال الزركشى : هو أشهر الروايتين ، وأنصهما .

واختيار القاضى فى التعليق ، وغيره . وأكثر الأصحاب . انتهى .

وجزم به فى المنور ، وناظم المفردات . وهو منها .

وقدمه فى الفائق ، وغيره ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر .

قال المصنف هنا : وقياس المذهب : أنه لا يجوز .

فاختار عدم الجواز .

واختاره أبو حفص العكبرى .

قال القاضى ـ فيما وجدته معلقاً عنه بقلم الزركشى ـ واختاره ابن عقيل أيضاً .

قال فى الفروع : فعنه كهبة . فيصح بالإجازة .

وعنه : لايصح بالإجازة ، إن قلنا : إن الإجازة ابتداء هبة . انتهى .

وقال فى الرعاية الكبرى : إن وقف الثلث فى مرضه على وارث ، أو أوصى أن يوقف عليه : صح ، ولزم . نص عليه .

وعنه : لا يصح .

وعنه : إن أجيز صح . وإلا بطل ، كالزائد على الثلث .

ثم قال : قلت : إن قلنا « هو لله » صح ، وإلا فلا .

وقيل : يجوز لدين ، أو علم ، أو حاجة . انتهى .

فعلى المذهب: لو سوى بين ابنه وابنته فى دار لا يملك غيرها فَرْدًا . فثلثها بينهما وقف بالسوية ، وثلثاها ميراث .

وإن رَدَّ ابنه وحده : فله ثلثا الثلثين إرثاً . ولبنته ثلثهما وقفاً .

وإن ردت ابنته وحدها : فلها ثلث الثلثين إرثاً . ولابنه نصفهما وقفاً ، وسدسهما إرثاً . لرد الموقوف عليه . ذكره فى الرعاية ، والمحرر ، والفروع .

قال فى الرعاية : وكذا له إن رد هو الوقف إلى قدر الثلث . وللبنت ثلثهما وقفاً

وقيل : لها ربعهما وقفاً ، ونصف سدسهما إرثاً . وهو لأبى الخطاب .

قال فى المحرر : وهو سهو . ورده شارحه . وهو كما قال .

وقيل : نصف الدار وقف عليه ، وربعها وقف عليها ، والباقى إرث لهما أثلاثاً . انتهى .

وعلى الثانية : عملك فى الدار كثلثيها على الثالثة .

فائدة : لو وقف على أجنبى زائداً على الثلث : لم يصح وقف الزائد . على الصحيح من المذهب .

جزم به المصنف ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وقال : وأطلق بعضهم وجهين .

قلت : قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن وقف ثلثه على أجنبى : صح . وفيما زاد وجهان .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ ، إِلَّا الْأَبُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وصححه فى الرعاية الكبرى .

قال الزركشى : هذا المشهور .

وعنه : ليس له الرجوع . قدمه فى الرعايتين .

وعنه : له الرجوع ، إلا أن يتعلق به حق ، أو رغبة . نحو أن يتزوج الولد أو يفلس .

وكذا لو فعل الولد مايمنع التصرف مؤبداً أو مؤقتا .

وجزم بهذه الرواية فى الوجيز .

واختاره الشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وابن عقيل ، وابن البنا ، والمصنف ذكره الحارثى ، والشيخ تقى الدين . وقال : يرجع فيما زاد على قدر الدين ، أو الرغبة .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

وأطلق الأولى والثالثة : فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم .

وقيل : إن وهب ولديه شيئا ، فاشترى أحدهما من الآخر نصيبه : ففى رجوعه فى الكل وجهان .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس للأب الكافر أن يرجع فى عطيته ، إذا كان وهبه فى حال الكفر ، وأسلم الولد .

فأما إذا وهبه حال إسلام الولد ، فقياس المذهب : الجواز . ولا يقر فى يده . وفيه نظر . انتهى .

وقال أبو حفص العكبرى : تحصيل المذهب : أنه يرجع فيما وهب لابنه . ولا يرجع فيما كان على وجه الصدقة . واختاره ابن أبى موسى .

وقد صرح القاضى ، والمصنف ، وغيرهما : بأنه لا فرق بين الصدقة وغيرها . وهو ظاهر كلام جماعة . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ أَوْ يُفلِسُ ﴾ .

وكذا قال أبو الخطاب ، وغيره .

قال الحارثى : والصواب أنه مانع من غير خلاف ، كما فى الرهن ، ونحوه . وبه صرح فى المغنى ، وصاحب المحرر ، وغيرهما . انتهى .

وعن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى المرأة تهب زوجها مهرها ـ إن كان سألها ذلك رده إليها ، رضيت أو كرهت . لأنها لاتهب إلا مخافة غضبه أو إضراره بها بأن يتزوج عليها .

نص عليه فى رواية عبد الله .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى .

قال فى الرعاية الصغرى : وترجع المرأة فيما وهبت لزوجها بمسألته . على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى القواعد الفقهية ، فى القاعدة الخمسين بعد المائة .

فالمصنف قدم هنا عدم رجوعها إذا سألها . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وكثير من الأصحاب .

جزم به فى الكافى ، والجامع الصغير ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب .

واختاره الحارثى . وهو اختيار أبى بكر وغيره .

وقدمه فى الحاوى الصغير ، والنظم ، وفصول ابن عقيل .

قلت : الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل فيه ضرر ، من طلاق وغيره ، وإلا فلها الرجوع .

وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنها لا ترجع إذا وهبته من غير سؤال منه . وهو صحيح .

وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وغيره .

واختاره أبو بكر وغيره .

وقدمه فى الفروع وغيره .

وقاله القاضى فى كتاب الوجهين ، وصاحب التلخيص ، وغيرهما .

وقيل : لها الرجوع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح . والرعاية الكبرى .

وقيل : إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع ، أو عوض ، أو شرط ، فلم يحصل : رجعت وإلا فلا .

فوائد

إحداها : ذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره : أنه لو قال لها « أنت طالق إن لم تبرئينى » فأبرأته : صح .

وهل ترجع ؟ فيه ثلاث روايات .

ثالثها : ترجع إن طلقها ، وإلا فلا . انتهى .

قلت : هذه المسألة داخلة فى الأحكام المتقدمة ، ولكن هنا آكد فى الرجوع .

الثانية : يحصل رجوع الأب بقوله ، علم الولد أو لم يعلم . على الصحيح من المذهب .

ونقل أبو طالب رحمه الله : لايجوز عتقها حتى يرجع فيها . أو يردها إليه . فإذا قبضها أعتقها حينئذ .

قال فى الفروع : فظاهره اعتبار قبضه ، وأنه يكفى .

وقال جماعة من الأصحاب : فى قبضه مع قرينة وجهان .

الثالثة : لو أسقط الأب حقه من الرجوع ، ففى سقوطه احتمالان فى الانتصار . قاله فى الفروع .

قال ابن نصر الله ـ فى حواشى الفروع ـ أظهرهما : لايسقط . لثبوته له بالشرع ، كإسقاط الولى حقه من ولاية النكاح .

وقد يترجح سقوطه . لأن الحق فيه مجرد حقه ، بخلاف ولاية النكاح . فإنه حق عليه لله تعالى وللمرأة . فلهذا يأثم بعضله . وهذا أوجه . انتهى .

ويأتى نظير ذلك فى الحضانة .

الرابعة : تصرف الأب ليس برجوع . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وخرج أبو حفص البرمكى – فى كتاب حكم الوالدين فى مال ولدهما – رواية أخرى : أن العتق من الأب صحيح . ويكون رجوعاً .

قال فى التلخيص ، والفروع ، وغيرهما : لا يكون وطؤه رجوعاً .

وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً ؟ على وجهين .

وعليهما لاينفذ . لأنه لم يلاق الملك .

ويتخرج وجه بنفوذه . لاقتران الملك . قاله فى القاعدة الخامسة والخمسين .

قال فى المغنى : الأخذ المجرد إن قصد به رجوعا فرجوع ، وإلا فلا . مع عدم القرينة . ويُدَيَّن فى قصده .

وإن اقترن به ما يدل على الرجوع فوجهان . أظهرهما : أنه رجوع . اختاره ابن عقيل وغيره . قاله الحارثى .

الخامسة : حكم الصدقة حكم الهبة فيما تقدم . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى . وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

قال فى الفروع : هذا أصح الوجهين .

وقال فى الإرشاد : لايجوز الرجوع فى الصدقة بحال .

وقدمه الحارثى . وقال : هذا المذهب . ونص عليه فى رواية حنبل .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف – بل هو كالصريح – أن الأم ليس لها الرجوع إذا وهبت ولدها . وهو الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : هى كالأب فى ذلك .

وجزم به فى المبهج ، والإيضاح .

واختاره المصنف ، والشارح ، والقاضى يعقوب ، والحارثى ، وصاحب الفائق .

وقاله فى الإفصاح ، والواضح ، وغيرهما .

وهو ظاهر كلام الخرقى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

[السادسة : لو ادعى اثنان مولوداً فوهباه أو أحدهما فلا رجوع لانتفاء ثبوت الدعوى ، وإن ثبت اللحاق بأحدهما : ثبت الرجوع[1]] .

وظاهر كلام المصنف أيضاً : أن الجد ليس له الرجوع فيما وهبه لولد ولده .

وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : هو كالأب . وأطلقهما فى الفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَتِ العَيْنُ ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً : لَمْ يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ﴾ .

إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع .

وكذا إذا زادت زيادة منفصلة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : لانعلم فيه خلافاً .

وفى الموجز رواية : أنها تمنع .

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : لو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لايجوز التفريق بينه وبين أمه : منع الرجوع ، إلا أن نقول : الزيادة المنفصلة للأب . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

---

(١) موجود بالنسختين ومضروب عليه فى نسخة المصنف .

قلت : فيعايي بها .

وتقدم فى آخر الجهاد شىء من ذلك.

قوله ﴿ والزِّيَادَةُ للابْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

ويحتمل أنها للأب . وهو رواية فى الفائق وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

واستثنوا ولد الأمة . فإنها للولد عندهم بلا نزاع .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وتقدم نظيرها فى الحجر واللقطة .

قوله ﴿ وَهَلْ تمنَعُ الزِّيَادَةُ المتَّصِلَةُ الرَّجُوعَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وتجريد العناية ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والقواعد .

قال فى الرعايتين ، والفائق : وفى منع المتصلة صورة ومعنى : روايتان .

زاد فى الكبرى : كسمن وكبر وحبل ، وتعلم صنعة .

إحداهما : تمنع . صححه فى التصحيح . ونصره المصنف ، والشارح .

قال فى القاعدة الحادية والثمانين ـ بعد إطلاق الروايتين ـ والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية ابن منصور ـ امتناع الرجوع .

وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة [1] .

والرواية الثانية : لا تمنع . نص عليه فى رواية حنبل .

وهو اختيار القاضى ، وأصحابه .

---

(١) هنا ورقة ضائعة من أصل المصنف الذى بخط يده .

قاله الحارثى : واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقال : ويشارك بالمتصلة .

قال فى القواعد : وعلى القول بجواز الرجوع : لاشىء على الأب للزيادة .

فائدة : لو اختلف الأب وولده فى حدوث زيادة فى الموهوب : فالقول قول الأب . على الصحيح من المذهب .

وقيل : قول الولد . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهُ المتَّهِبُ . ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ ، أَوْ إِقَالَةٍ . فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا لو رجع إليه بفلس المشترى .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والمصنف ، والفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية ، والحارثى ، وتجريد العناية ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يرجع . وهو المذهب .

جزم به فى الكافى ، والوجيز ، والمنور .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والوجه الثانى : يرجع . صححه فى التصحيح .

وقطع به القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى .

وهذا فى الإقالة : إذا قلنا : هى فسخ .

أما إذا قلنا : هى بيع ، فقال فى فوائد القواعد : يمتنع رجوع الأب .

وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة ، وهل هى فسخ أو بيع ؟

وقيل : إن رجع بخيار رجع ، وإلا فلا . وأطلقهن الزركشى .

قوله ﴿ وإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ : لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ﴾ بلا نزاع .

وكذا لو رجع إليه بارث أو وصية .

قوله ﴿ وإنْ وهَبَهُ المتَّهبُ لِابْنِهِ : لَمْ يَمْلِكِ أَبُوهُ الرُّجُوعَ ، إلاّ أَنْ يَرْجِعَ هُوَ ﴾ .

إذا وهبه المتهب لابنه ، ولم يرجع هو : لم يملك الجد الرجوع . على الصحيح من المذهب .

جزم به ابن منجا فى شرحه ، والشارح ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وفيه احتمال : له الرجوع ، ذكره أبو الخطاب .

قال فى التلخيص : وهو بعيد .

قال الحارثى : وهو كما قال . وأبو الخطاب وهم . انتهى .

وأطلقهما فى الفروع .

وإن رجع ملك الواهب الأول الرجوع . على الصحيح من المذهب .

وجزم به المصنف هنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحارثى ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

ويحتمل أن لا يملك الرجوع .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ كاتبَهُ : لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، إلاَّ أَنْ يفسَخَ الكِتَابَةَ ﴾ .

هذا مبنى على القول بعدم جواز بيع المكاتب .

أما على القول بجواز بيعه ـ وهو المذهب ـ فحكمه حكم العين المستأجرة .

قاله الشارح .

وقد صرح قبل ذلك بجواز الرجوع فى العين المستأجرة . فكذا هنا . لكن المستأجر مستحق للمنافع مدة الإجارة ، والكتابة باقية على حكمها إذا رجع أيضاً .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن كاتبه – ومُنِع بيع المكاتب ، وزالت بفسخ أو عجز – رجع ، وإلا فلا . كما لو باعه .

وما أخذه الابن من دين الكتابة لم يأخذه منه أبوه ، بل يأخذ مايؤديه وقت رجوعه وبعده . فإن عجز عاد إليه .

قال الزركشى : وشرط الرجوع أن لايتعلق بالعين حق يمنع تصرف الابن . كالرهن ، وحجر الفلس والكتابة ، وإن لم يجز بيع المكاتب .

فائدة : لايمنع التدبير الرجوع . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يمنع .

وهذا الحكم مفرع على القول بجواز بيعه .

فأما على القول بمنع البيع : فإن الرجوع يمتنع كالاستيلاء . قاله الشارح ، وغيره

فائدة : إجارة الولد له ، وتزويجه ، والوصية به ، والهبة قبل القبض ، والمزارعة ، والمضاربة ، والشركة ، وتعليق عتقه بصفة : لايمنع الرجوع .

وكذا وطء الولد لايمنع الرجوع .

وكذا إباق العبد وردة الولد لايمنع ، إن قيل ببقاء الملك .

وإن قيل : مراعى . فكذلك الرجوع .

وإن قيل : بجوازه منعت .

قوله ﴿ وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب بشرطه . وعليه جماهير الأصحاب .

وقطع به كثير منهم .

ومنع من ذلك ابن عقيل . ذكره فى مسألة الإعفاف .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس للأب الكافر أن يتملك من مال ولده المسلم ، لاسيما إذا كان الولد كافراً ثم أسلم .

قلت : وهذا عين الصواب .

وقال أيضاً : والأشبه أن الأب المسلم ليس له أن يأخذ من مال ولده الكافر شيئاً .

فعلى المذهب : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يستثنى مما للأب أن يأخذه من مال ولده ـ سُرية للابن ، وإن لم تكن أم ولد . فإنها ملحقة بالزوجة . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى أكثر الروايات .

ويأتى كلامه أيضاً قريباً « إذا تملك فى مرض موته أو مرض موت الابن »

قوله ﴿ مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا ﴾ .

يعنى : مع حاجة الأب وعدمها . وهذا المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لا يتملك من مال ولده إلا ما احتاج إليه .

وسأله ابن منصور وغيره عن الأب : يأكل من مال ابنه ؟ قال : نعم ، إلا أن يفسده . فله القوت فقط .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن الأم ليس لها أن تأخذ من مال ولدها ، كالأب . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : لها ذلك كالأب .

قوله ﴿ إِذَا لَمْ تَتَعَلَّقْ حَاجَةُ الابْنِ بِهِ ﴾ .

يشترط فى جواز أخذ الأب من مال ولده : أن لايضر الأخذ به ، كما إذا تعلقت حاجته به . نص عليه .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع .

وعنه : له الأخذ مالم يجحف به .

وجزم به الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وتذكرة ابن عبدوس ، وناظم المفردات

قال فى المغنى ، والشرح : وللأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء مع غناه وحاجته ، بشرطين .

أحدهما : أن لايجحف بالابن ، ولا يأخذ ماتعلقت به حاجته .

الثانى : أن لا يأخذ من أحد ولديه ، ويعطيه الآخر . نص عليه فى رواية اسماعيل بن سعيد . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : أنه ليس للأب أن يتملك من مال ابنه فى مرض موت الأب مايخلف تركة . لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه . فهو كما لو تملك فى مرض موت الابن . انتهى .

وقال أيضاً : لو أخذ من مال ولده شيئاً ، ثم انفسخ سبب استحقاقه ، بحيث وجب رده إلى الذى كان مالكه ـ مثل أن يأخذ الأب صداق ابنته ، ثم يطلق الزوج أو يأخذ الزوج[1] ثمن السلعة التى باعها الولد ، ثم يرد السلعة بعيب ، أو يأخذ المبيع الذى اشتراه الولد . ثم يفلس بالثمن ونحو ذلك ـ فالأقوى فى جميع الصور : أن للمالك الأول الرجوع على الأب . انتهى .

وعنه : للأب تملكه كله ، بظاهر قوله عليه أفضل الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَرَّفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ بِبَيْعٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ : لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ﴾ .

(١) إلى هنا انتهى الحرم .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى الفروع : ولا يصح تصرفه فيه قبل تملكه . على الأصح .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المعروف من المذهب .

وعنه : يصح . وخرج أبو حفص البرمكى رواية بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض .

وقال أبو بكر فى التنبيه : بيع الأب على ابنه ، وعتقه وصدقته ، ووطء إمائه ـ مالم يكن الابن قد وطىء ـ جائز . ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم .

فعلى المذهب : قال الشيخ تقى الدين : يقدح فى أهليته لأجل الأذى . لاسيما بالحبس . انتهى .

وقال فى الموجز : لايملك إحضاره فى مجلس الحكم . فإن أحضره . فادعى ، فأقر ، أو قامت بينة : لم يحبس .

فائدة : يحصل تملكه بالقبض . نص عليه ، مع القول أو النية .

قال فى الفروع : ويتوجه : أو قرينة .

وقال فى المبهج : فى تصرفه في غير مكيل ، أو موزون : روايتان . بناء على حصول ملكه قبل قبضه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِىءَ جَارِيَةَ ابْنِهِ ، فَأَحْبَلَهَا : صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ﴾ .

إن كان الابن لم يكن وطئها : صارت أم ولد لأبيه ، إذا أحبلها . بلا نزاع .

وإن كان الابن يطؤها ، فظاهر كلام المصنف هنا : أنها تصير أم ولد له أيضاً ، إذا أحبلها . وهو أحد الوجهين .

ورجحه المصنف فى المغنى .

وهو كالصريح فيما قطع به صاحب المحرر ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

وقطع به فى الرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب : أنها لاتصير أم ولد للأب ، إذا كان الابن يطؤها . نص عليه .

قال فى الفروع : وإن كان ابنه يطؤها : لم تصر أم ولد فى المنصوص .

تنبيه : هذا إذا لم يكن الابن قد استولدها .

فإن كان الابن قد استولدها : لم ينتقل الملك فيها باستيلاده ، كما لاينتقل بالعقود .

وذكر ابن عقيل فى فنونه : أنها تصير مستولدة لهما جميعاً ، كما لو وطىء الشريكان أمتهما فى طهر واحد ، وأتت بولد ، وألحقته القافة بهما . قاله فى القاعدة الخامسة والخمسين . انتهى .

قوله ﴿ وَوَلَدُهُ حُرٌّ . لاَ تلزَمُهُ قِيمَتُهُ ﴾

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه : تلزمه قيمته .

قوله ﴿ وَلاَ مَهْرٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يلزمه المهر .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الأب لايلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها .

قال فى الفروع : وقد ذكر جماعة هنا : لايثبت للولد فى ذمة أبيه شىء .

قال فى المحرر ، وغيره : وهو ظاهر كلامه . وهذا منه .

والصحيح من المذهب : أنه تلزمه قيمتها . قدمه فى المحرر ، والفروع .

قوله ﴿ وَلاَ حَدٌّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه : يحدّ .

قال جماعة : مالم ينو تملكها . منهم ابن حمدان ، فى باب حد الزنا .

تنبيه : محل هذا : إذا كان الابن لم يطأها .

فأما إن كان الابن يطؤها : ففى وجوب الحد عليه روايتان منصوصتان .

وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : ظاهر ماقطع به المصنف هنا ، وفى باب حدّ الزنا ، وفى الكافى ، والمغنى ، وغيره : أنه لا حدّ عليه ، سواء كان الولد يطؤها ، أو لا .

وقطع بالإطلاق هناك الجمهور .

قال الحارثى هنا : ولا فرق فى انتفاء الحد بين كون الابن وطئها ، أو لا .

ذكره أبو بكر ، والسامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

قلت : الأولى وجوب الحد .

قوله ﴿ وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

أحدهما : يعزر . وهو الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا أولى .

قال فى الفروع : ويعزر فى الأصح .

وصححه فى التصحيح ، وشرح الحارثى ، والنظم .

وقدمه فى الرعاية ، فى باب حد الزنا .

والوجه الثانى : لا يعزر .

وقيل : يعزر ، وإن لم تحبل .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلابْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلاَ قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، وَلاَ أَرْشِ جِنَايَةٍ ، وَلاَ غَيْرِ ذَلِكَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وقال فى الرعاية : قلت : ويحتمل أن يطالبه بما له فى ذمته ، مع حاجته إليه ، وغنى والده عنه .

قال فى الرعاية الصغرى : ولا يطالب أباه بما ثبت له فى ذمته فى الأصح ، بقرض وإرث ، وبيع ، وجناية ، وإتلاف .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن ذلك يثبت فى ذمته ، ولكن يمنع من المطالبة به . وهو أحد الوجهين . والمذهب منهما . قدمه فى المغنى .

وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والرعاية ، والحاوى .

قال الحارثى : وهو الأصح .

وبه جزم أبو بكر ، وابن البنا . وهو من المفردات .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين ، وانتفاء المطالبة . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف . انتهى .

واختاره المجد فى شرحه .

وقدم فى الفروع : إذا أولد أمة ابنه : أنه تثبت قيمتها فى ذمته . ذكره فى باب أمهات الأولاد .

والوجه الثانى : لا يثبت فى ذمة الأب شىء لولده .

وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

وتأول بعض الأصحاب النص .

قال المصنف : ويحتمل أن يحمل المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ وهو قوله « إذا مات الأب بطل دين الابن » وقوله ـ فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ـ « ليس عليه شىء » ولا يؤخذ من بعده ـ على أن أخذه له ، وإنفاقه إياه : دليل على قصد التملك .

قال الحارثى : محل هذا : فى غير المتلف .

أما المتلف : فإنه لايثبت فى ذمته . وهو المذهب بلا إشكال .

ولم يحك القاضى ـ فى رءوس مسائله ـ فيه خلافاً . انتهى .

وأطلقهما فى الشرح ، والرعاية الكبرى ، والفائق ، والفروع .

فعلى الوجه الأول : هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين ؟ .

قال القاضى : فيه نظر .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه .

قال فى الفروع : وذكر غير القاضى : أنه لايملكه ، كإبرائه غريم الابن وقبضه منه . انتهى .

ويأتى قريباً فى القاعدة الثالثة : هل يسقط الدين بموت الأب ؟

وظاهر كلام المصنف أيضاً : أنه لو وجد عين ماله ـ الذى باعه أو أقرضه ـ بعد موت أبيه : أن له أخذه ، إن لم يكن انتقد ثمنه . وهو إحدى الروايتين .

وقدم فى المغنى ـ كما تقدم ـ أن الأب إذا مات يرجع الابن فى تركته بدينه . لأنه لم يسقط عن الأب . وإنما تأخرت المطالبة به . انتهى .

قلت : هذا فى الدين . ففى العين بطريق أولى .

والرواية الثانية : ليس له أخذه .

وأطلقهما فى المبهج ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى .

قال فى المبهج ، والحارثى : وكذا لو وجد بعضه .

فوائد

الأولى : ليس لورثة الابن مطالبة أبيه بما للابن عليه من الدين وغيره . كالابن نفسه ، على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لهم المطالبة ، وإن منعنا الابن منها . وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى الانتصار ـ فيمن قتل ابنه ـ إن قلنا : الدية للوارث ، طالبه ، وإلا فلا

الثانية : لو أقر الأب بقبض دين ابنه ، فأنكر الابن : رجع على الغريم . ويرجع الغريم على الأب . نقله مهنا .

قال فى الفروع : وظاهره لا يرجع مع إقراره .

الثالثة : لو قضى الأب الدين الذى عليه لابنه فى مرضه ، أو أوصى له بقضائه كان من رأس المال . قاله الأصحاب .

وإن لم يقضه ولم يوص به : لم يسقط بموته ، على أحد الوجهين . اختاره بعضهم .

وقدمه فى الفروع ، والمغنى .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يسقط ، كجبسه به فى الأجرة ، فلا يثبت لجناية .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الشرح .

وقيل : ما أخذه ليملكه يسقط بموته ، وما لا فلا .

وتقدم إذا وجد عين ماله الذى باعه بعد موت الأب .

وتقدم : هل يثبت له فى ذمة أبيه دين أم لا ؟ .

الرابعة : للابن مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه . قاله الأصحاب .

قال فى الوجيز : له مطالبة بها ، وحبسه عليها .

وهو مستثنى من عموم كلام من أطلق . ويعايى بها .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم : للابن مطالبة أبيه بعين له فى يده .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف .

الخامسة : هل لولد ولده مطالبته بماله فى ذمته ؟

قال فى الرعاية ، قلت : يحتمل وجهين .

و إن قلنا : لا يثبت فى ذمته شىء فهدَرٌ . انتهى .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب : أن له مطالبته .

قوله ﴿ وَالْهَدِيَّةُ ، وَالصَّدَقَة نَوْعَانِ مِنَ الهِبَةِ ﴾ .

يعنى : فى الأحكام . وهذا المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال فى الفائق : والهدية والصدقة ، نوعان من الهبة . يكفى الفعل فيهما إيجاباً وقبولا . على أصح الوجهين .

وقال فى الرعاية الصغرى : هما نوعا هبة .

وقيل : يكفى الفعل قبولا .

وقيل : و إيجاباً .

وقال فى الكبرى : ويكفى الفعل فيهما قبولا . فى الأصح ، كالقبض .

وقيل : و إيجاباً . كالدفع .

وقالا : و يصح قبضهما بلا إذن ، ولا مضى مدة إمكانه . ولا يرجع فيهما أحد .

وقيل : إلا الأب .

وقيل : بل يرجع فى الصدقة فقط على ولده الرشيد ، إن كان قبضها ، وعلى الصغير فيما له بيده منها . انتهى .

ونقل حنبل ، والمروذى : لا رجوع فى الصدقة .

وقال فى المستوعب ، وعيون المسائل ، وغيرهما : لايعتبر فى الهـدية قبول للعرف . بخلاف الهبة .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولا رجوع فيهما لأحد ، سوى أب .

فوائد

إحداها : وعاء الهدية كالهدية مع العرف .

فإن لم يكن عرف رده . قاله فى الفروع .

قال الحارثى : لايدخل الوعاء إلا ماجرت العادة به ، كقوصرة التمر ونحوها .

الثانية : قال فى الرعاية الـكبرى : إن قصد بفعله ثواب الآخرة فقط . فهو صدقة .

وقيل : مع حاجة المتهب .

و إن قصد بفعله إكراماً وتودداً وتحبباً ومكافأة : فهو هدية .

قال الحارثى : ومن هنا اختصت بالمنقولات ، لأنها تحمل إليه . فلا يقال : أهدى أرضاً ، ولا داراً . انتهى . وغيرهما : هبة ، وعطية ، ونِحْلة .

وقيل : الكل عطية ، والكل مندوب . انتهى .

وقال فى الحاوى الصغير : الهبة ، والصدقة ، والنحلة ، والهدية ، والعطية : معانيها متقاربة . واسم « العطية » شامل لجميعها . وكذلك « الهبة » .

و « الصدقة » و « الهدية » متغايران . فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من الهدية دون الصدقة .

فالظاهر : أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج : فهو صدقة .

ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له : فهو هدية .

وجميع ذلك مندوب إليه ، محثوث عليه . انتهى .

الثالثة : لو أعطى شيئا ـ من غير سؤال ، ولا استشراف ، وكان ممن يجوز له أخذه ـ وجب عليه الأخذ . فى إحدى الروايتين .

اختاره أبو بكر فى التنبيه ، والمستوعب ، للحديث فى ذلك [١] .

والرواية الثانية : لا يجب .

قال الحارثى : وهو مقتضى كلام المصنف وغيره من الأصحاب .

قالوا فى الحج : لا يكون مستطيعا ببذل غيره له . وفى الصلاة : لا يلزمه قبول السترة .

قلت : وهو الصواب .

وذكر الروايتين الخلال فى جامعه ، والمجد فى شرحه . وأطلقهما الحارثى .

قوله ﴿ أَمَّا المَرِيضُ غَيْرَ مَرَضِ المَوْتِ ، أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ . فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ ، سَوَاءٌ . تَصِحُّ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، ولو مات به .

وقال أبو الخطاب فى الانتصار ـ فى التيمم حكمه حكم مرض الموت المخوف .

فائدة : لو لم يكن مرضه مخوفا حال التبرع ، ثم صار مخوفا : فمن رأس المال . حكاه السامرى . واقتصر عليه الحارثى . اعتباراً بحال العطية .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَمَا قَالَ عَدْلَانِ مِنْ أَهْلِ الطِّبِّ : إِنَّهُ مَخُوفٌ . فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ ﴾ .

أنه لا يقبل فى ذلك عدل واحد مطلقاً . وهو صحيح . وهو المذهب .

وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز ، والفائق ، والرعاية ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

---

(١) عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطينى العطاء . فأقول : أعطه من هو أفقر إليه منى . فقال : خذه . إذا جاءك من هـذا المال شىء ، وأنت غير مشرف ولا سائل : فخذه . ومالا فلا تتبعه نفسك » متفق عليه .

وقدمه فى الشرح ، والفروع .

وقيل : يقبل واحد عند العدم . وهو قياس قول الخرقى .

وذكر ابن رزين : المخوف عرفا ، أو بقول عدلين .

قوله ﴿ فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ ، فِي أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ . وَلَا تَجُوزُ لِأَجْنَبِيٍّ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ ، إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، مِثْلُ الْهِبَةِ وَالْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَالْمُحَابَاةِ ﴾ .

يعنى إذا مات من ذلك .

أما إذا عوفى : فهذه العطايا كعطايا الصحيح .

تنبيه : تمثيله بالعتق مع غيره : يدل على أنه كغيره فى أنه يعتبر من الثلث .

وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وخرج ابن عقيل ، والحلوانى — من مفلس — رواية هنا بنفاذ عتقه من كل المال

فائدتان

إحداهما : لو علق صحيح عتق عبده على شرط ، فوجد الشرط فى مرضه .

فالصحيح من المذهب : أن يكون من الثلث .

قدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وغيرهما .

وقيل : يكون من كل المال .

وحكاهما القاضى فى خلافه روايتين .

ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة .

ومحل الخلاف : إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق . فإن كانت من فعله : فهو من الثلث بغير خلاف .

الثانية : المحاباة لغير وارث : من الثلث . كما قال المصنف .

لـكن لو حاباه فى الـكتابة : جاز . وكان من رأس المـال . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وذكره القاضى فى موضع من كلامه . وأبو الخطاب فى رءوس المسائل .

قال الحارثى : هذا المذهب عند جماعة . منهم القاضى أبو الحسين ، وأبو يعلى الصغير ، والمجد . وهو أصح . انتهى .

وقيل : من الثلث .

اختاره المصنف هنا ، والقاضى فى المجرد ، وأبو الخطاب فى الهـداية ، والسامرى فى المستوعب .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

واختلف فيها كلام أبى الخطاب .

وكذا حكم وصيته بكتابته . وإطلاقها يقتضى أن تـكون بقيمته .

قوله ﴿ فَأَمَّا الأَمْرَاضُ الْمُمْتَدَّةُ كَالسِّلِّ ، وَالْجُذَام ، وَالْفَالِجُ فِى دَوَامِهِ . فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهُ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فهِىَ مَخُوفَةٌ ﴾ بلا نزاع . ﴿ وَإلاّ فَلاَ ﴾ .

يعنى وإن لم يصر صاحبها صاحب فراش ، فعطاياه كعطايا الصحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه الزركشى ، وغيره .

وقال أبو بكر فى الشافى : فيه وجه آخر : أن عطيته من الثلث . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

قوله ﴿ وَمَنْ كانَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ عِنْدَ الْتِحَامِ الْحَرْبِ ، وَفِى لُجَّةِ البَحْرِ عِنْدَ هَيَجَانِهِ ، أَوْ وَقعَ الطَّاعُونُ فِى بَلَدِهِ ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ وَالْحَامِلُ عِنْدَ المخَاضِ : فَهُوَ كَالمرِيضِ ﴾ .

يعنى المريض المرض المخوف . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب فى الجملة .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره من الأصحاب .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله .

وذكر كثير من الأصحاب هذه الرواية من غير صيغة تمريض .

وقال الشارح ، وغيره : ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلده : أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض ، وإنما يخاف المرض . وما هو ببعيد .

وقال القاضى فى المجرد : إن كان الغالب من الولى الاقتصاص : فمخوف .

وإن كان الغالب منه العفو : فغير مخوف .

تنبيه : قوله ﴿ وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ عِنْدَ الْتِحَامِ الْحَرْبِ ﴾ .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم : إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال . وكانت كل واحدة منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فأما القاهرة منهما بعد ظهورها : فليست خائفة .

قوله ﴿ قَالَ الْخِرَقِى : وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه الحارثى ، وقال : هذا المذهب . انتهى .

والمذهب الأول عند الأصحاب . ونص عليه .

ولو قال المصنف « وقال الخرقى » بالواو لكان أولى .

وعنه : إذا أثقلت الحامل : كان مخوفاً ، وإلا فلا .

قال فى الرعاية : وعند ثقل الحمل ، وعند الطلق .

قوله ﴿ وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ ﴾ .

يعنى : حتى تنجو من نفاسها ، بلا نزاع .

قيل : سواء كان بها ألم فى هذه المدة أو لا .

قدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعاية الكبرى .

وهو ظاهر كلامه فى الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى : وهو المنصوص .

وقيل : إنما يكون مخوفاً فى هذه المدة إذا كان بها ألم .

قال فى الفروع : هذا أشهر .

قال فى الكافى : ولو وضعت ، و بقيت معها المشيمة ، أو حصل مرض ، أو ضَرَبان ، فمخوف ، و إلا فلا .

قال الحارثى : الأقوى : أنه إن لم يكن وجع فغير مخوف . واختاره المصنف .

فوائد

منها : حكم السِّقط ، حكم الولد التام . قاله المصنف فى المغنى ، وغيره .

قال فى الرعاية الكبرى : و إن ولدت صغيراً ، أو بقى مرض ، أو وجع وضربان شديد ، أورأت دماً كثيراً ، أو مات الولد معها ، أو قتل — وقيل : أو أسقطت ولداً تاماً — فهو مخوف . انتهى .

و إن وضعت مضغة : فعطاياها كعطايا الصحيح . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى المغنى ، والشرح : فعطاياها كعطايا الصحيح . إلا مع ألم .

قال فى الرعاية الكبرى — بعد أن قدم عطاياها كعطايا الصحيح — وقيل : أو وضعت مضغة ، أو علقة ، مع ألم أو مرض .

وقيل : لا حكم لها بلا ألم ولا مرض .

ومنها : حكم من حبس للقتل : حكم من قدم ليقتص منه .

ومنها : الأسير . فإن كان عادتهم القتل : فحكمه حكم من قدم ليقتص منه على الصحيح من المذهب .

وعنه : عطاياه من كل المال .

وإن لم تكن عادتهم القتل : فعطاياه من كل المال . على الصحيح من المذهب .

وعنه : من الثلث . نص عليه .

واختاره أبو بكر . وتأولها القاضى على من عادتهم القتل .

ومنها : لوجرح جرحاً موحِياً : فهو كالمريض مع ثبات عقله وفهمه . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الفائق وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى الرعاية : إن فسد عقله ـ وقيل : أو لا ـ لم تصح وصيته .

ومنها : حكم من ذُبح أو أبينت حشوته ـ وهى أمعاؤه ـ لاخرقها وقطعها فقط . ذكره المصنف ـ وغيره : حكم الميت .

ذكره المصنف ، وغيره فى الحركة فى الطفل ، وفى الجناية .

قال الحارثى : ذكره الأصحاب .

وقال المصنف هنا : لاحكم لعطيته ولا لكلامه .

قال فى الفروع : ومراده أنه كميت .

وذكر المصنف أيضا فى فتاويه : إن خرجت حشوته ولم تَبِنْ ، ثم مات ولده : ورثه .

وإن أبينت ، فالظاهر : أنه يرثه . لأن الموت زهوق النفس وخروج الروح . ولم يوجد . ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله . وإن كان لايدل على حياة أثبت من حياة هذا . انتهى .

قال فى الفروع : وظاهر هذا من الشيخ : أن من ذُبح ليس كميت ، مع بقاء روحه . انتهى .

قال فى الرعاية : ومن ذبح أو أبينت حشوته : فقوله لغو .

وإن خرجت حشوته ، أو اشتد مرضه وعقله ثابت ـ كعمر ، وعلى رضى الله عنهما ـ صح تصرفه وتبرعه ووصيته .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنَجَّزَةِ : بُدِىءَ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم العتق .

وعنه يقسم بين الكل بالحصص ، كالوصايا . وهو وجه فى المحرر .

قال الحارثى : وليس بشىء .

قوله ﴿ فَإِنْ تَسَاوَتْ : قُسِّمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ ﴾ .

إن لم يكن فيها عتق ، ووقعت دفعة واحدة : قسم الثلث بينهم بالحصص بلا نزاع .

وإن كان فيها عتق : فكذلك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال الحارثى فى العتق : يقرع بينهم . فيكمل العتق فى بعضهم ، كما فى حال الوصية .

وعنه يقدم العتق . قدمه فى الهداية ، والمستوعب . وأطلقهما فى المذهب ، والشرح .

قوله ﴿ وَأَمَّا مُعَاوَضَةُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ : فَتَصِحُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وارِثٍ ﴾ .

إن كانت المعاوضة فى المرض ـ مع غير الوارث ـ بثمن المثل : صحت من رأس المال بلا نزاع .

و إن كانت مع وارث ـ والحالة هذه ـ فكذلك . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، وغيرهم .

و يحتمل أن لايصح لوارث . لأنه خَصَّه بعين المال . وهو لأبى الخطاب فى الهداية فى الوصية .

قال فى الفروع :وعنه تصح مع وارث بإجازة .

واختاره فى الانتصار ، فى مسألة إقرار المريض لوارث بمال .

فائدة : لو قضى بعض الغرماء دينه ـ وتركته تفى ببقية دينه ـ صح . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

قال فى الفروع : ونصه يصح مطلقاً . وصححه فى النظم .

وقال أبو الخطاب ، وابن البنا : لايصح إلا قضاؤهم بالسوية إذا ضاق ماله . ذكره فى المستوعب .

قوله ﴿ وَإِنْ حَابَى وَارِثَهُ ، فَقَالَ القَاضِى : يَبطُلُ فِى قَدْرِ مَاحَابَاهُ ، وَيَصِحُّ فِيمَا عَدَاهُ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والحارثى . وقال : وهذا المذهب .

وصححه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لايصح البيع مطلقاً . اختاره فى المحرر .

وعنه : يدفع قيمة باقيه ، أو يفسخ البيع .

قال الحارثى : ويأتى ـ فى باب الوصايا ـ أن الأشهر للأصحاب : انتفاء النفوذ عند عدم الإجازة . فيقيد ماقال هنا ـ من البطلان ـ بعدم الإجازة . انتهى .

ويأتى فى أواخر فصل « وتفارق العطية الوصية » حكم ما إذا حابى أجنبيا .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ الْمَرِيضُ أَجْنَبِيًّا ، وَحَابَاهُ ـ وَكَانَ شَفِيعُهُ وَارِثًا ـ فَلَهُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ لِغَيْرِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : أخذ شفيعه الوارث بالشفعة فى الأصح .

وقدمه فى الشرح ، والمغنى ، والحارثى ، وقال : هذا الأشهر .

وقيل : لا يملك الوارث الشفعة هنا .

وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

قال الحارثى ، والمغنى : فى الشفعة وجه لاشفعة له .

قوله ﴿ وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ الْمَوْتِ . فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ ثُمَّ مَلَكَ مَالاً يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ : تَبَيَّنَّا أَنَّهُ عَتَقَ كُلُّهُ ، وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُ : لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَىْءٌ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال الحارثى : فى اعتبار الثلث فى الوصية بحال الوصية : خلاف . فيجرى مثله فى العطية . على القول به ، وأولى .

قال : وهذا الوجه أظهر .

قال : ومن الأصحاب من أورد رواية ، أو وجهاً : يعتق ثلث العبد فيما إذا كان عليه دين يستغرق العبد .

فائدة : قوله ﴿ وَتُفَارِقُ العَطِيَّةُ الوَصِيَّةِ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ يُبْدَأُ بالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ مِنْهَا . وَالوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ المُتَقَدِّمِ وَالمتَأَخِّرِ مِنْهَا ﴾ .

هذا صحيح . لـكن لو اجتمعت العطية والوصية ، وضاق الثلث عنهما ، فالصحيح من المذهب : أن العطية تقدم . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وصححه فى المحرر ، وغيره .

وعنه : التساوى . قدمه فى المحرر . لـكن صحح الأول ، كما تقدم .

وعنه : يقدم العتق .

قال فى الرعاية الـكبرى ، قلت : إن كانت الوصية فقط مما يخرج من أصل المال : قدمت . وأخرجت العطية من ثلث الباقى .

فإن أعتق عبده ولم يخرج من الثلث ، فقال الورثة : أعتقه فى مرضه . وقال العبد : بل فى صحته : صُدق الورثة . انتهى .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزاً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِى ثَلَاثِينَ بِقَفِيزٍ يُسَاوِى عَشَرَةً . فَأَسْقِطْ قِيمَةَ الرَّدِيءِ مِنْ قِيمَةِ الجَيِّدِ . ثُمَّ أُنْسُبْ الثُّلُثَ إِلَى البَاقِى . وَهُوَ عَشَرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ ، تَجِدْهُ نِصْفَهَا . فَيَصِحُّ البَيْعُ فِى نِصْفِ الجَيِّدِ بِنِصْفِ الرَّدِيءِ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَقِىَ ﴾ وهذا بلا نزاع .

وإن شئت فى عملها أيضاً . فانسب ثلث الأكثر من المحاباة . فيصح البيع فيهما بالنسبة ـ وهو هنا نصف الجيد ـ بنصف الردىء .

وإن شئت فاضرب ماحاباه فى ثلاثة : يبلغ ستين . ثم أنسب قيمة الجيد إليه . فهو نصفها . فيصح بيع نصف الجيد بنصف الردىء .

وإن شئت فقل : قدر المحاباة الثلثان ، ومخرجهما ثلاثة . فخذ للمشترى سهمين منه ، وللورثة أربعة . ثم أنسب المخرج إلى الكل بالنصف . فيصح بيع أحدهما بنصف الآخر .

وبالجبر : يصح بيع شىء من الأعلى بشىء من الأدنى . قيمته ثلث شىء من الأعلى . فتكون المحاباة بثلثى شىء منه . فألقهامنه . فيبقى قفيز إلا ثلثى شىء . يعدل مثلى المحاباة منه . وهو شىء وثلث شىء . فإذا جبرت وقابلت عدل شيئين . فالشىء نصف قفيز .

وإنما فعل هذا لئلا يفضى إلى ربا الفضل .

فلو كان لا يحصل فى ذلك ربا . مثل مالو باعه عبداً يساوى ثلاثين ـ لا يملك غيره ـ بعشرة . ولم تجز الورثة . فالصحيح من المذهب : صحة بيع ثلثه بالعشرة ، والثلثان كالهبة . فيرد الأجنبى نصفهما . وهو عشرة . ويأخذ عشرة بالمحاباة لنسبتها من قيمته .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال الحارثى : اختاره القاضى ، ومن وافقه .

وعنه : يصح فى نصفه بنصف ثمنه ، كالأولى . لنسبة الثلث من المحاباة . فصح بقدر النسبة . ولا شىء للمشترى سوى الخيار .

اختاره فى المغنى ، والمحرر .

ولك عملها بالجبر ، فتقول : يصح البيع فى شىء بثلث شىء . فيبقى العبد إلا ثلثى شيء ، يعدله شيئاً وثلثاً . فاجبر وقابل ، يبقى عبد يعدل شيئين . فالشىء نصفه . فيصح بيع نصف العبد بنصف الثمن .

لأن المسألة تدور بأن مانفذ البيع فيه خارج من التركة . وما قابله من الثمن داخل فيها .

ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بقدر زيادة التركة . وينقص بقدر نقصانها ، وتزيد التركة بقدر زيادة المقابل الداخل . ويزيد المقابل بقدر زيادة المبيع . وذلك دور .

وعنه : يصح البيع ، ويدفع بقية قيمته عشرة ، أو يفسخ .

قال الحارثى : وهو ضعيف . وأطلقهن .

فعلى المذهب : لو كانت المحاباة مع وارث : صح البيع — على الأصح — فى ثلثه ولا محاباة .

وعلى الرواية الثالثة : يدفع بقية قيمته عشرين ، أو يفسخ .

وإذا أفضى إلى إقالة بزيادة ، أو ربا فضل : تعينت الرواية الوسطى . كالمسألة التى ذكرت أولا ، أو نحوها .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَ امْرَأَةً عَشَرَةً لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهَا . وَصَدَاقُ مِثْلِهَا خَمْسَةٌ . فَمَاتَتْ قَبْلَهُ . ثُمَّ مَاتَ : فَلَهَا بِالصَّدَاقِ خَمْسَةٌ وَشَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ . رَجَعَ إِلَيْهِ نِصْفُ ذَلِكَ بِمَوْتِهَا . صَارَ لَهُ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلاَّ نِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، أَجْبُرْهَا بِنِصْفِ شَيْءٍ ، وَقَابِلْ يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلاَثَةً . فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ . وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا : وَرِثَتْهُ وَسَقَطَتِ الْمحَابَاةِ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه الناظم .

وعنه : « تُعْتَبَرُ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثُّلُثِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ » .

قال الحارثى : قول أبى بكر « إنه مرجوع عنه » لا دليل عليه من تاريخ ولا غيره .

وفيه وجه : إن ورثته : فوصية لوارث .

قال فى الفروع : وزيادة مريض على مهر المثل : من ثلثه . نص عليه .

وعنه : لا يستحقها . صححها ابن عقيل ، وغيره .

قال الإمام أحمد رحمه الله : هى كوصية لوارث .

فائدتان

إحداهما : لو وهبها كل ماله . فماتت قبله : فلورثته أربعة أخماسه . ولورثتها خمسه .

ويأتى فى باب الخلع « إذا خالعها ، أو حاباها ، أو خالعته فى مرض موتها » .

الثانية : قال فى الانتصار : له لبس الناعم وأكل الطيب لحاجته . وإن فعله لتفويت الورثة منع من ذلك . وقاله المصنف ، وتبعه الحارثى .

وفى الانتصار أيضاً : يمنع إلا بقدر حاجته وعادته . وسلمه أيضاً . لأنه لا يستدرك ، كإتلافه .

وجزم به الحلوانى فى الحجر .

وجزم به غير الحلوانى أيضاً ، وابن شهاب .

وقال : لأن حق الورثة لم يتعلق بعين ماله .

قوله « وَلَوْ مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ ، فَأَقَرَّ فِي مَرَضِهِ : أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ » عتق « وَلَمْ يَرِثْهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ » والسامرى وغيرهما « لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَهُ كَانَ إِقْرَارُهُ لِوَارِثٍ » .

قال فى الرعاية الكبرى : هذا أقيس . وقدمه فى الشرح .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يعتق و يرث . وهو المذهب . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وهو احتمال فى الشرح .

قال الحارثى : هذا المذهب .

فعلى المذهب : يعتق من رأس ماله . على الصحيح . نص عليه .

وقيل : من الثلث .

فعلى الصحيح المنصوص : لو اشترى ابنه بخمسمائة ، وهو يساوى ألفاً . فقدر المحاباة : من رأس ماله .

فوائد

الأولى : لو اشترى من يعتق على وارثه : صح . وعتق على وارثه .

و إن دبر ابنَ عمه : عتق . والمنصوص : لايرث .

وقيل : يرث .

الثانية : لو قال « أنت حر فى آخر حياتى » عتق .

قال فى الفروع : والأشهر أنه يرث . وليس عتقه وصية له . فهو وصية لوارث .

الثالثة : لو علق عتق عبده بموت قريبه : لم يرثه . ذكره جماعة . وقدمه فى الفروع .

قال القاضى : لأنه لاحق له فيه .

قال فى الفروع : ويتوجه الخلاف .

الرابعة : لو علق عتق عبده على شىء ، فوجد وهو مريض : عتق من ثلث ماله . على الصحيح من المذهب .

وقيل : من كله .

ويأتى فى آخر كتاب العتق « لو أعتق بعض عبد، أو دبره فى مرض موته » وأحكام أخر.

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ : لَو اشْتَرَى ذَا رَحِمِهِ المحرَمِ فِى مَرَضِهِ، وَهُوَ وَارِثُهُ، أَوْ وُصِّىَ لَهُ بِهِ، أَوْ وُهِبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِى مَرَضِهِ ﴾.

يعنى أنه يعتق ولا يرث، على قول أبى الخطاب ومن تبعه.

قال فى الرعاية، فيما إذا قبل الهبة أو الوصية : هذا أقيس.

﴿ وَقَالَ القاضِى : يَرِثُهُ ﴾

وهو المذهب. نص عليه. وصححه الشارح.

وقدمه فى المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، وغيرهم.

وعنه : لا يصح الشراء إذا كان عليه دين.

وقيل : يصح الشراء ويباع. ذكره فى الرعاية.

فعلى المذهب : إذا ملك من يعتق عليه بهبة أو وصية. فإنهم يعتقون من رأس المال. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

قال فى الفروع : فمن رأس ماله فى المنصوص.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وجزم به فى المحرر، وغيره. واختاره المصنف، وغيره.

وقيل : من الثلث. ذكره فى الفروع، والرعاية، وغيرهما.

قلت : اختاره القاضى، وابن عقيل. قاله الحارثى.

وعلى المذهب أيضاً : لو اشترى من يعتق عليه بالرحم : فإنه يعتق من الثلث. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقدمه فى المحرر، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والنظم.

واختاره القاضى، وابن عقيل.

وعنه : يعتق من رأس ماله. اختاره المصنف، والحارثى، وغيرهما.

ويرث أيضاً . اختاره جماعة . منهم القاضي ، وابنه ، وأبو الحسين ، وابن بكروس ، والمجد ، والحارثي ، وغيرهم .

قال في المحرر ، وغيره : فإذا أعتقناه من الثلث ، وورثناه . فاشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره ، وترك ابنا : عتق ثلث الأب على الميت . وله ولاؤه وورث بثلثه الحر من نفسه ثلث سدس باقيها الموقوف ، ولم يكن لأحد ولاء على هذا الجزء . وبقية الثلثين إرث للابن يعتق عليه ، وله ولاؤه .

وإذا لم نورثه : فولاؤه بين ابنه وابن ابنه أثلاثا .

قال في القاعدة السابعة والخمسين : لو اشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره — وهو تسعة دنانير — وقيمة الأب : ستة . فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض : محاباة البائع بثلث المال ، وعتق الأب ، إذا قلنا : إن عتقه من الثلث . وفيه وجهان .

أحدهما : — وهو قول القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول — يتحاصان .

والثاني : تنفذ المحاباة . ولا يعتق الأب . وهو اختيار صاحب المحرر .

قوله ﴿ وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ : لَمْ تَرِثْهُ ، عَلَى قِيَاسِ الأَوَّلِ ﴾ .

وهو أحد الوجهين .

واختاره ابن شاقلا في تعاليقه ، وصاحب التلخيص .

قلت : فيعايي بها ، وبأشباهها مما تقدم . لكونهم ليس فيهم من موانع الإرث شيء ولا يرثون .

وقال القاضي : ترثه . وهو المذهب . نص عليه .

وجزم به في الشرح ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم

قال الحارثي : هو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضي ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر .

فائدة : عتقها يكون من الثلث . إن خرجت من الثلث : عتقت . وصح النكاح . وإن لم تخرج : عتق قدره . وبطل النكاح . لانتفاء شرطه .

قوله ﴿ ولَوْ أَعْتَقَهَا وَقِيمَتُهَا مَائَةٌ . ثُمَّ تزَوَّجَهَا ، وَأَصْدَقَهَا مِائَتَيْنِ ، لا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا ، وَهِيَ مَهْرُ مِثْلِهَا . ثُمَّ مَاتَ : صَحّ العِتْقُ . وَلَمْ تَسْتَحِقّ الصَّدَاقَ ، لِئَلاّ يُفْضِيَ إِلَى بُطْلاَنِ عِتْقِهَا . ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقُهَا ﴾ .

قال المصنف : هذا أولى .

وقال القاضي : يستحق المائتين ويعتق .

فائدتان

إحداهما : لو تزوج في مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل . ففي المحاباة روايتان .

إحداهما : هي موقوفة على إجازة الورثة . لأنها عطية لوارث .

والثانية : تنفذ من الثلث . نقلها المروذي ، والأثرم ، وصالح ، وابن منصور والفضل بن زياد .

قاله في القاعدة السابعة والخمسين .

الثانية : لو أصدق المائتين أجنبية ـ والحالة ما ذكر ـ صح ، وبطل العتق في ثلثي الأمة . لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت .

وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته .

قوله ﴿ وَإِنْ تَبَرَّعَ بِثُلُثِ مَالِهِ . ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ . فَقَالَ القَاضِي : يَصِحّ الشِّرَاءُ ﴾ .

ولايعتق لأنه جعل الشراء وصية . لأن تبرع المريض إنما ينفذ فى الثلث . ويقدم الأول فالأول .

وجزم بهذا ابن منجا فى شرحه . وهو المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعلى قول من قال « ليس الشراء بوصية » : يعتق الأب ، وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت ، ومابقى فللأب سدسه ، وباقيه للابن . وأطلقهما فى الشرح .

قال الحارثى ـ فى هذه المسألة ـ قال الأصحاب : يصح الشراء . وهل يعتق ويرث ؟ .

إن قيل : بعتق ذى الرحم المحرم من الثلث : فلا عتق ولا إرث .

وإن قيل بعتقه من رأس المال : عتق ونفذ التبرع من ثلث المال . وكذا فيما زاد .

كتاب الوصايا

قوله ﴿ وَهِيَ الأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ المَوْتِ ، وَالوَصِيَّةُ بِالمَالِ : هِيَ التَّبَرُّعُ بِهِ بَعْدَ المَوْتِ ﴾ .

هذا الحد هو الصحيح . جزم به فى الوجيز وغيره .

وصححه فى الشرح ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، وغيره .

وقال أبو الخطاب : هى التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث .

فعلى قوله تكون العطية فى مرض الموت وصية . والصحيح خلافه .

قال فى المستوعب : وفى حده اختلاف من وجوه

أحدها : أنه يدخل فيه تبرعه بهباته وعطاياه المنجزة فى مرض موته . وذلك لا يسمى وصية .

ويخرج منه : وصية بما زاد على الثلث . فإنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة .

ويخرج منه أيضاً : وصية بفعل العبادات ، وقضاء الواجبات ، والنظر فى أمر الأصاغر من أولاده ، وتزويج بناته ، ونحو ذلك .

تنبيه : قوله ﴿ وَتَصِحُّ مِنَ البَالِغِ الرَّشِيدِ ، عَدْلاً كَانَ أَوْ فَاسِقًا ، رَجُلاً أَوِ امْرَأَةً ، مُسْلِماً أَوْ كَافِرًا ﴾ .

هذا صحيح بلا نزاع فى الجملة .

وقد شمل العبد . وهو صحيح . ذكره الأصحاب . منهم المصنف ، وغيره .

فإن كان فيما عدا المال : فصحيح .

وإن كان فى المال . فإن مات قبل العتق : فلا وصية على المذهب . لانتفاء ملكه .

و إن قيل يملك بالتمليك : صحت . ذكره بعض الأصحاب .

والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن .

وشمل كلامه أيضاً : المحجور عليه لفلس . فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله . لأنه قد يتحول مابقى من الدين . فلا يتعين المال الأول إذن للغرماء .

و إن مات قبل ذلك لغت الوصية .

قال فى الكافى وغيره : هذا إذا لم يعاين الموت .

فأما إذا عاين الموت : لم تصح وصيته . لأن الوصية قول . ولا قول له ، والحالة هذه .

وتقدم فى آخر الباب الذى قبله قبل قوله « والحامل عند المخاض » مايتعلق بذلك ، فليراجع .

قوله « مسلماً كان أو كافراً » تصح وصية المسلم بلا نزاع .

وكذا تصح وصية الكافر مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لاتصح من مرتد .

وأطلق الوجهين فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : شمل كلام المصنف صحة وصية العبد . وهو صحيح . صرح به المصنف وغيره من الأصحاب . فينفذ فيما عدا المال .

وأما المال : فإن مات قبل العتق ، فلا وصية على المذهب .

و إن قيل : يملك صحت . ذكره بعض الأصحاب . نقله الحارثى .

قلت : وهو ضعيف .

و إن مات بعد العتق : نفذت بلا خلاف .

والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن .

فلو قال : متى عتقتُ ثم مت . فثلثى لفلان : نفذ . نقله الحارثى .

قوله ﴿ وَمِنَ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى الفائق ، والحارثى . وغيرهما .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا تصح منه . حكاه أبو الخطاب .

وذكر المجد فى شرحه : أنه المنصوص .

قلت : وهو ضعيف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : محل الخلاف : فيما إذا أوصى بمال .

أما وصيته على أولاده : فلا تصح قولا واحداً . لأنه لا يملك التصرف بنفسه . فوصيته أحق وأولى . قاله فى المطلع .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب — فى باب الموصى إليه — صحة وصيته بذلك . وهو أولى بالصحة من الوصية بالمال .

والظاهر : أن الذى حداه إلى ذلك : تعليل الأصحاب بكونه محجوراً عليه فى تصرفاته ، أو لكونه محتاجاً إلى الثواب ، وتصرفه فى هذه محض مصلحة من غير ضرر . لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شىء .

ولا يلزم من ذلك أن الوصية على أولاده لا تصح .

اللهم إلا أن يكون فى المسألة نقل خاص .

قوله ﴿ وَمِنَ الصَّبِيِّ العَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ العَشْرَ ﴾ .

إذا جاوز الصبى العشر : صحت وصيته . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية الجماعة ، وعليه الأصحاب .

حتى قال أبو بكر : لايختلف المذهب : أن من له عشر سنين تصح وصيته . انتهى .

وعنه : تصح إذا بلغ اثنى عشرة سنة . نقلها ابن المنذر .

ونقل الأثرم : لاتصح من ابن اثنى عشرة سنة . فلم يطلع أبو بكر على ذلك .

وقيل : لاتصح حتى يبلغ[1] . وهو احتمال فى الكافى .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ﴾ .

يعنى : ممن لم يميز ، على ماتقدم فى كتاب الصلاة .

﴿ وفيما بَيْنَهُمَا روايتان ﴾ يعنى : فيما بين السبع والعشر .

وأطلقهما أبو بكر عبد العزيز ، وصاحب المستوعب ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية .

إحداهما : لاتصح . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وصاحب الوجيز . وصححه فى التصحيح .

قال ابن أبى موسى : لاتصح وصية الغلام لدون عشر ، ولا إجازته . قولا واحداً . واختاره أبو بكر .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، وشرح ابن رزين .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقال فى القواعد الأصولية : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثى : هذا الأشهر عنه .

والرواية الثانية : تصح . وهو المذهب .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبى إذا عقل .

قال المصنف فى العمدة : وتصح الوصية من الصبى إذا عقل .

---

(١) ضاع من هنا ورقتان من نسخة المصنف .

وجزم به فى التسهيل . وصححه فى الخلاصة .

وقدمه فى الكافى ، والمذهب ، وإدراك الغاية .

قال الحارثى : لم أجد هذه منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : تصح وصية بنت تسع . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

وقيل : تصح لسبع منهما .

قوله ﴿ وَفِى السَّكْرَانِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

أحدهما : لاتصح . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، والحارثى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، وغيره .

والوجه الثانى : تصح وصيته .

ويأتى فى أول كتاب الطلاق : أن فى أقوال السكران وأفعاله خمس روايات ، أو ستاً .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحّ وَصِيَّةُ مَنِ اعْتُقِلَ لِسَانُه بِهَا ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وعنه : التوقف . ويحتمل أن تصح .

يعنى إذا اتصل بالموت ، وفُهمت إشارته .

ذكره ابن عقيل ، وأبو الخطاب فى الهداية . واختاره فى الفائق .

قلت : وهو الصواب .

قال الحارثى : وهو الأولى .

واستدل له بحديث « رَضِّ اليهوديِّ رأس الجارية وإيمائها إليه » .

قوله ﴿ وَإِنْ وُجِدَتْ وَصِيَّةٌ بِخَطِّهِ : صَحَّتْ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً .

قال الزركشى : نص عليه الإمام أحمد رحمه الله . واعتمده الأصحاب . وقاله الخرقى .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى فى شرح المختصر : ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لفعل الكتابة . لأن الكتابة عمل . والشهادة على العمل طريقها الرواية . نقله الحارثى .

ويحتمل أن لاتصح حتى يشهد عليها .

وقد خرج ابن عقيل ، ومن بعده : رواية بعدم الصحة . أخذاً من قول الإمام أحمد رحمه الله . فيمن كتب وصيته وختمها . وقال « اشهدوا بما فيها » أنه لاتصح . أى شهادتهم على ذلك .

فنص الإمام أحمد فى الأولى : بالصحة . وفى الثانية : بعدمها ، حتى يسمعوا مافيه ، أو يقرأ عليه . فيقر بما فيه .

فخرج جماعة ـ منهم : المجد فى محرره ، وغيره ـ فى كل منهما رواية من الأخرى

وقد خرج المصنف ـ فى باب كتاب القاضى إلى القاضى ـ من الأولى فى الثانية

وقال هنا « يحتمل أن لا يصح حتى يشهد عليها » فهو كالتخريج من الثانية فى الأولى .

والصحيح من المذهب : التفرقة .

فتصح فى الأولى ، ولا تصح فى الثانية . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : تصح فى الثانية أيضاً . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق .

ويأتى النصان فى كلام المصنف ، فى باب حكم كتاب القاضى إلى القاضى .

تنبيه : معنى قول الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن كتب وصيته وختمها وقال « اشهدوا بما فيها » ـ أنها لا تصح . أى لا تصح شهادتهم على ذلك .

قلنا : العمل بخطه فى هذه الوصية ، بحيث علم خطه ـ إما بإقرار ، أو ببينة ـ فإنه يعمل بها كالأولى . بل هى من أفراد العمل بالخط فى الوصية .

نبّه على ذلك شيخنا فى حواشى الفروع . وهو واضح .

قلت : فى كلام الزركشى إيماء إلى ذلك .

فإنه قال: وقد يفرق بأن شرط الشهادة : العلم . ومافى الوصية ـ والحال هذه ـ غير معلوم .

أما لو وقعت الوصية ، على أنه لو وصى : فليس فى نص الإمام أحمد رحمه الله تعالى ما يمنعه .

ثم بعد ذلك يعمل بالخط بشرطه . انتهى .

قوله ﴿ وَالوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ ﴾ .

هذا المذهب فى الجملة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : تجب لقريب غير وارث . اختاره أبو بكر .

ونقل فى التبصرة عن أبى بكر : وجوبها للمساكين ، ووجوه البر .

قوله ﴿ لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا . وَهُوَ المَالُ الكَثِيرُ ﴾ .

يعنى : فى عرف الناس ، على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقطع به ابن عبدوس فى تذكرته .

وقال المصنف : والذى يقوى عندى : أنه متى كان المتروك لايفضل عن غنى الورثة : لاتستحب الوصية . واختاره فى الفائق .

وقيل : هو من كان له أكثر من ثلاثة آلاف .

وهو ظاهر ماجزم به فى المستوعب .

وقال فى الوجيز : تسن لمن ترك ورثة وألف درهم فصاعدا ، لا دونها . وقاله أبو الخطاب ، وغيره .

فائدة : المتوسط فى المال : هو المعروف فى عرف الناس بذلك . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : المتوسط : من له ثلاثة آلاف درهم . والفقير : من له دونها .

وجزم جماعة من الأصحاب : أن المتوسط من ملك من ألف إلى ثلاثة آلاف .

ومنهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : الفقير من له دون ألف . ونقله ابن منصور .

قال فى الفروع : قال أصحابنا : هو فقير .

قوله ﴿ بِخُمْسِ مَالِهِ ﴾ .

يعنى : يستحب لمن ترك خيراً : الوصية بخمس ماله .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا ، والشرح .

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال الناظم : يستحب لمن له مال كثير ، ووارثه غنى : الوصية بخمس ماله .

وقيل : بثلث ماله عند كثرته . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل .

قاله فى الفائق .

قال الحارثى : وهو المنصوص .

وقال فى الإفصاح : تسن الوصية بدون الثلث .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، وغيرهم : يستحب للغنى الوصية بثلث ماله . والمتوسط بالخمس .

ونقل أبو طالب : إن لم يكن له مال كثير ـ ألفان أو ثلاثة ـ أوصى بالخمس . ولم يضيق على ورثته . وإن كان له مال كثير : فالربع ، أو الثلث .

وأطلق [١] فى الغنية : استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير . فإن كان القريب غنياً : فللمساكين ، وعالم ودين قطعه عن السبب القدر ، وضيق عليهم الورع الحركة فيه . وانقلب السبب عندهم فتركوه ، ووقفوا بالحق . انتهى .

وكذا قيد المصنف فى المغنى : استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير .

قال فى الفروع : مع أن دليله عام .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ ﴾ .

أى : تكره الوصية لغير من ترك خيراً .

فتكره للفقير الوصية مطلقاً ، على الصحيح من المذهب .

نقل ابن منصور : لايوصى بشىء .

قال فى الوجيز : لايسن لمن ترك أقل من ألف درهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : تكره إذا كان ورثته محتاجين . وإلا فلا .

قال فى التبصرة : رواه ابن منصور ، وقاله فى المغنى ، وغيره .

وجزم به فى الرعايتين ، والنظم ، والوجيز ، والفائق ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

قلت : وهو الصواب .

وتقدم إطلاقه فى الغنية استحباب الوصية بالثلث .

وتقدم ما اختاره المصنف .

---

(١) انتهت إلى هنا الورقتان الضائعة من نسخة المصنف .

قوله ﴿ فَأَمَّا مَنْ لَاوَارِثَ لَهُ : فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ﴾.

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضى ، والشريف وأبو الخطاب ، والشيرازى ، والمصنف ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وعنه : لا تجوز إلا بالثلث . نص عليه فى رواية ابن منصور .

قال أبو الخطاب فى الانتصار : هذه الرواية صريحة فى منع الرد ، وتوريث ذوى الأرحام .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

وقيل : تجوز بماله كله إذا كان وارثه ذا رحم .

قال الشارح : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وأطلق فى الفائق ـ فى ذوى الأرحام ـ وجهين .

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة : بناهما بعض الأصحاب على أن الحق لغير معين .

وبناها القاضى على أن بيت المال : هل هو جهة ومصلحة . أو وارث ؟

فإن قيل : هو جهة ومصلحة : جازت الوصية بجميع ماله .

وإن قيل : هو وارث : فلا تجوز إلا بالثلث . وتابعه فى الفروع ، وغيره .

ويأتى الكلام فى ذلك مستوفًى فى آخر باب أصول المسائل .

فعلى المذهب : لو مات وترك زوجاً ، أو زوجة لا غير ، وأوصى بجميع ماله ورد : بطلت فى قدر فرضه من الثلثين . فيأخذ الموصى له الثلث . ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقى . وهو الثلثان . فيأخذ الربع ، إن كان زوجة . ويأخذ النصف ، إن كان زوجاً . ثم يأخذ الموصى له الباقى من الثلثين . وهذا هو الصحيح من المذهب .

اختاره الشارح ، وصاحب الفائق .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقيل : لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث .

وقدمه فى الشرح ، والفائق .

قلت : هو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما . حيث قالوا : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو كان الوارث واحداً من أهل الفروض ــ وقلنا : بعدم الرد ــ قاله فى الرعاية وغيرها .

الثانية : لو أوصى أحد الزوجين للآخر . فله على الرواية الأولى : المال كله إرثا ووصية . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لاتصح .

وله على الرواية الثانية : الثلث بالوصية . ثم فرضه من الباقى والبقية لبيت المال

قوله ﴿ وَلا يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ الوَصِيَّةُ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَىْءٍ إلَّا بِإجَازَةِ الوَرَثَةِ ﴾ .

يحرم عليه فعل ذلك ، على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : يكره له ذلك .

قال فى الفروع ، وقال فى التبصرة : يكره .

قلت : وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم .

وجزم به فى الرعاية الكبرى فى الثانية . وقدمه فى الأولى .

وعنه : يكره فى صحته من كل ماله . نقله حنبل .

قلت : الأولى الكراهة .

ولو قيل بالإباحة لكان له وجه .

قوله ﴿ إلاَّ بإجَازَةِ الْوَرَثَةِ ﴾ .

يعنى : أنها تصح بإجازة الورثة . فتكون موقوفة عليها .

وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . صححه فى الفروع ، وغيره . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمنصوص فى المذهب .

حتى إن القاضى ـ فى التعليق ـ وأبا الخطاب ـ فى خلافه ـ والمجد ، وجماعة : لم يحكوا فيه خلافا .

وعنه : الوصية باطلة ، وإن أجازها الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . واختاره بعض الأصحاب .

وهو وجه فى الفائق فى الأجنبى ، ورواية فى الوارث .

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : إذا أوصى بثلثه يكون وقفاً على بعض ورثته . فإنه يصح . على الصحيح من المذهب ، على ماتقدم فى الهبة .

وفيه قول اختاره المصنف بعدم الصحة .

فيكون ظاهر كلام المصنف موافقا لما اختاره .

قوله ﴿ إلاَّ أنْ يُوصِىَ لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ . فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق .

أحدهما : تصح . وهو الصحيح .

قال فى الفروع : وتصح معاوضة مريض بثمن مثله .

وعنه : مع وارث بإجازة . اختاره فى الانتصار . لفوات حقه من المعين .

ثم قال : ومثلها وصية لكل وارث بمعين بقدر حقه .

صححه فى التصحيح ، والحارثى .

وقدمه فى المحرر ، وإدراك الغاية ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لا تصح إلا بإجازة الورثة . صححه فى المذهب ، والنظم .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالوَصَايَا : تَحَاصُّوا فِيهِ . وَأُدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلٍّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم العتق ولو استوعب الثلث .

فعليهما : هل يبدأ بالكتابة ، لأنه المقصود بها ، أو لأن العتق تغليباً ليس للكتابة ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى ، والمصنف ، والحارثى ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيذٌ فِى الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ﴾ وهو كما قال .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الروايتين : أنها تنفيذ .

قال الزركشى : هذا المشهور والمنصور فى المذهب . وجزم به جماعة . منهم القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير ، والمجد ، وغيرهم . انتهى .

قال فى الفائق ، وغيره : والإجازة تنفيذ ، فى أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الشارح : لأن ظاهر المذهب : أن الوصية للوارث والأجنبى بالزيادة على الثلث : صحيحة ، موقوفة على إجازة الورثة .

فعلى هذا : تكون إجازتهم تنفيذاً ، و إجازة محضة . يكفى فيها قول الوارث « أجزت » أو « أمضيت » أو « نفذت » انتهى .

وعنه : ما يدل على أن الإجازة هبة مبتدأة .

قال فى الفروع : وخصها فى الانتصار بالوارث .

قال الشارح ، وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة .

فعلى هذا : تكون هبة . انتهى . وأطلقهما أبو الفرج .

تنبيهان

أحدهما : قيل هذا الخلاف مبنى على أن الوصية بالزائد على الثلث : هل هى باطلة ، أو موقوفة على الإجازة ، كما تقدم ؟ .

وتقدم كلام الشارح قريباً عن بعض الأصحاب . وهو الذى قطع به الزركشى ، وغيره .

وقيل : بل هو مبنى على القول بالوقف .

أما على البطلان : فلا وجه للتنفيذ .

قال فى القواعد : وهذا أشبه .

قلت : وهو الصواب .

الثانى : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكرها ابن رجب فى قواعده ، وغيره من الأصحاب .

فنها : على المذهب : لايفتقر إلى شروط الهبة ـ من الإيجاب والقبول ، والقبض ونحوه ـ بل يصح بقوله « أجزت » و « أنفذت » و « أمضيت » ونحو ذلك .

وعلى الثانية : تفتقر إلى الإيجاب ، والقبول . ذكره ابن عقيل وغيره .

وكلام القاضى يقتضى : أن فى صحتها بلفظ « الإجازة » وجهين .

قال المجد : والصحة ظاهر المذهب .

ومنها : لا تثبت أحكام الهبة على المذهب . فلو كان المجيز أبا للمجاز له : لم يكن له الرجوع فيه .

وعلى الثانية : له الرجوع .

ومنها : هل يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ؟ .

ففى الخلاف للقاضى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم : هو مبنى على الخلاف . وطريقة المصنف فى المغنى : أن الإجازة لا تصح بالمجهول . ولكن هل يصدق فى دعوى الجهالة ؟ على وجهين .

ومن الأصحاب من قال ، إن قلنا : الإجازة تنفيذ : صحت بالمجهول ، ولا رجوع وإن قلنا : هى هبة : فوجهان .

ومنها : لو كان للمجاز عتقاء : كان الولاء للموصى تختص به عصبته . على المذهب .

وعلى الثانية : الولاء لمن أجاز . ولو كان أنثى .

فائدة : لو كسب الموصَى بعتقه بعد الموت ، وقبل الإعتاق : فهو له . على الصحيح من المذهب .

وذكره القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وغيرهم .

وقدمه فى القاعدة الثانية والثمانين .

وقال المصنف فى المغنى ـ فى آخر باب ـ العتق كسبه للورثة ، كأم الولد . انتهى .

ولو كان الموصَى بعتقه أمة ، فولدت قبل العتق ، و بعد الموت : تبعها الولد كأم الولد . وقدمه فى القواعد ، وقال : هذا هو الظاهر .

وقال القاضى فى تعليقه : لا تعتق .

ومنها : لو كان وقفا على المجيزين ، فإن قلنا الإجازة تنفيذ : صح الوقف ولزم . و إن قلنا هبة : فهو كوقف الإنسان على نفسه .

ومنها : لو حلف لايهب ، فأجاز : لم يحنث . على المذهب . وعلى الثانية : يحنث .

ومنها : لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة ، ثم أجيزت .

فإن قلنا الإجازة تنفيذ : فالملك ثابت له من حين قبوله .

وإن قلنا هى هبة : لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة . ذكره القاضى فى خلافه .

ومنها : أن ماجاوز الثلث من الوصايا إذا أجيز ، هل يزاحم بالزائد الذى لم يجاوزه ، أولا ؟ مبنى على الخلاف .

ذكره فى المحرر ، ومن تابعه .

قال فى القواعد : واستشكل توجيهه على الأصحاب . وهو واضح . فإنه إذا كان معنا وصيتان . إحداهما : مجاوزة للثلث ، والأخرى : لاتجاوزه ـ كنصف وثلث ـ وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة .

فإن قلنا الإجازة تنفيذ : زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل . فيقسم الثلث بينهما على خمسة . لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه . ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة .

وإن قلنا الإجازة ابتداء عطية : فإنما يزاحم بثلث خاص . إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة . لم تتلقَّ من الميت ، فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث[1] بينهما نصفين . ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالإجازة ، أى يعطى ثلثا زائدا على السدس الذى أخذه من الوصية .

قال : وهذا مبنى على القول بأن الإجازة عطية أو تنفيذ .

فيفرع على هذا : القولُ بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها ، كما سبق . انتهى .

---

(١) فى المصورة على نسخة استانبول « النصف »

وقد تكلم القاضى محب الدين بن نصر الله البغدادى على هذه المسألة فى كراسة بما لاطائل تحته .

وماقاله ابن رجب : صحيح واضح .

وقال الزركشى ، وقد يقال : إن عدم المزاحمة : إنما هو فى الثلثين . ولأن الهبة تختص بهما ، والمجيز يُشرك بينهما فيهما .

أما الثلث : فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما . انتهى .

قلت : الذى يظهر [أن هذا أقوى وأولى . وهو موافق لقواعد المذهب ، فى أن الثلث يقسم على قدر أنصبائهم مطلقاً .

وقد ذكر المصنف مسائل من ذلك فى باب الوصية بالأنصباء والأجزاء ، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ، ولآخر بربعه ، أو له بكل ماله . ولآخر بنصفه .

فقد قطع ـ هو وغيره ـ أنهم إذا ردوا الزائد على الثلث يكون الثلث على قدر أنصبائهم . . . .

الثلث ويأخذ من الثلث بمقدار مايأخذه لوردوا .

فعلى هذا : المزاحمة فى الثلث بالزائد على . . . . . .

البناء الذى ذكره صاحب المحرر وغيره طريقة فى المسألة ، وصاحب القواعد إنما . . . . .

لكن يمكن أن يقال : ليس فى كلام المحرر البناء على القول بأنها ابتداء عطية . . . .

مسكوت عنه أو يقال : بناؤه على أنه تنفيذ يدل على خلاف ذلك على . . . .
خلافه ينبنى عليه . ولذلك قال فى شرح المحرر كلامه يقتضى انعكاس . . .][1]

ومنها : لو أجاز المريض فى مرض موته وصية موروثه .

---

(١) مابين المربعين من نسخة المصنف ، زاده بالهامش . وقد تأكل طرف الورقة فى المواضع التى جعلت فيها نقطا .

فإن قلنا إجازته عطية : فهى معتبرة من ثلثه .

وإن قلنا هى تنفيذ : فللأصحاب طريقان .

أحدهما : القطع بأنها من الثلث أيضاً . قاله القاضى فى خلافه ، والمجد .

والطريق الثانى : المسألة على وجهين ، وهى طريقة أبى الخطاب فى انتصاره ، وهما مُنزَّلان على أصل الخلاف فى حكم الإجازة .

قال فى القواعد : وقد ينزلان على أن الملك هل ينتقل إلى الورثة فى الموصى به أم تمنع الوصية الانتقال ؟ وفيه وجهان .

فإن قلنا : تنتقل إليهم . فالإجازة من الثلث . و إلا فهى من رأس ماله .

ومنها : إجازة المفلس . قال فى المغنى : هى نافذة . وهو منزل على القول بالتنفيذ . وجزم به فى الفروع .

قال فى القواعد : ولا يبعد على القاضى فى التى قبلها أن لاينفذ .

وقاله المصنف فى المغنى فى الشفعة .

ومنها : إجازة السفيه نافذة على المذهب . لا على الثانية . ذكره فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : لاتصح إجازته مطلقاً . وكذا صاحب الفائق .

قوله ﴿ وَمَنْ أُوْصِى لَهُ ـ وَهُوَ فِى الظَّاهِرِ وَارِثٌ ـ فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ : صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ أُوْصِى لَهُ ـ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ ـ فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثاً : بَطَلَتْ . لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وأكثرهم لم يحك فيه خلافاً : أن الاعتبار فى الوصية بحال الموت .

قال فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة : وحكى بعضهم خلافاً ضعيفاً : أن الاعتبار بحال الوصية ، كما حكى أبو بكر ، وأبو الخطاب ، رواية : أن الوصية فى حال

الصحة من رأس المال . ولا تصح عن الإمام أحمد رحمه الله . و إنما أراد العطية المنجزة . كذلك قال القاضي . انتهى .

وقال فى الرعايتين ، وقيل : تبطل الوصية فيهما .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى . وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا عِبْرَةَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : تصح إجازتهم قبل الموت فى مرضه .

خرجها القاضى أبو حازم من إذن الشفيع فى الشراء .

قال فى القاعدة الرابعة : الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ شبهه فى موضع بالعفو عن الشفعة . فخرجه المجد فى شرحه ، على روايتين .

واختارها صاحب الرعاية ، والشيخ تقى الدين رحمه الله .

قوله ﴿ وَمَنْ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ ﴾ يعنى : إذا كانت جزءاً مشاعاً .

﴿ ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنِّى ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلاً : فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى ظَنِّهِ . فِى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثانى : ليس له الرجوع .

اختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وهو احتمال فى الهداية .

وتقدم فى الفوائد : هل يشترط أن يكون المجاز معلوماً ؟

تنبيه : قوله ﴿ إلاّ أنْ تقُومَ عَلَيْهِ بيِّنَةٌ ﴾ .

يعنى تشهد بأنه كان عالماً بزيادته . فلا يقبل قوله .

وكذا لو كان المال ظاهراً لايخفى عليه ، لايقبل قوله .

وكلام المصنف ، وغيره ـ ممن أطلق ـ مقيد بذلك . وهذا إذا قلنا : الإجازة تنفيذ .

فأما إذا قلنا هى هبة مبتدأة : فله الرجوع فيما يجوز الرجوع فى مثله فى الهبة .

وقد تقدم قريباً فى الفوائد .

قوله ﴿ وَإنْ كَانَ المجَازُ عَيْنًا ﴾ وكذا لو كان مبلغاً مقدراً .

﴿ فقَالَ : ظَنَنْتُ بَاقِىَ المَالِ كَثِيرًا : لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . فِى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يقبل قوله .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، لو قال : ظننت قيمته ألفاً . فبان أكثر : قُبل قوله . وليس نقضا للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار .

قال : وإن أجاز ، وقال : أردت أصل الوصية : قبل . انتهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَثْبُتُ المِلْكُ للمُوصَى لَهُ إلاَّ بِالقَبُولِ بَعْدَ المَوْتِ . فَأَمَّا قَبُولَهُ وَرَدُّهُ قَبْلَ المَوْتِ : فَلاَ عِبْرَةَ بِهِ ﴾ .

اعلم أن حكم قبول الوصية كقبول الهبة . على ماتقدم فى بابه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : الهبة والوصية واحد . قاله فى الفروع ، والزركشى وغيرهما .

وقال فى القواعد الفقهية : نص الإمام أحمد رحمه الله فى مواضع : على أنه لايعتبر للوصية قبول . فيملكه قهراً ، كالميراث .

وهو وجه للأصحاب . حكاه غير واحد . انتهى .

وذكر الحلوانى عن أصحابنا : أنه يملك الوصية بلا قبوله ، كالميراث .

وقال فى المغنى ، ومن تابعه : وطؤه الأمَةَ الموصَى بها : قبول ، كرجعة ، و بيع خيار .

وقال فى الرعاية ، وقيل : يكفى الفعل قبولا .

وقال فى القاعدة التاسعة و الأربعين : واختار القاضى ، وابن عقيل : أنها لاتلزم فى المبهم بدون قبض .

وخرج المصنف ـ فى المغنى ـ وجهاً ثالثاً : أنها لاتلزم بدون القبض ، سواء كان مبهما ، أو لا . كالهبة .

وقال فى القاعدة الخامسة والخمسين : والأظهر أنَّ تَصَرُّفَ الموصَى له فى الوصية بعد الموت : يقوم مقام القبول . لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لايملك إبطاله . واقتصر عليه .

فائدة : لايصح بيع الموصَى به قبل قبوله من وارثه . ذكره فى الفروع فى باب التدبير .

و يجوز التصرف فى الموصى به بعد ثبوت الملك وقبل القبض ، باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه . قاله فى القاعدة الثانية والخمسين .

وتقدم فى آخر باب الخيار فى البيع .

تنبيه : مراده إذا كان الموصَى له واحداً ، أو جمعاً محصورا .

فأما إذا كانوا غير محصورين ـ كالفقراء ، أو المساكين مثلا ـ أو لغير آدمى ـ كالمساجد ، والقناطر ونحوهما ـ فلا يشترط القبول . قولا واحداً .

وسيأتى قريباً متى يثبت الملك له إذا قبل؟

فوائد

إحداها : يستقر الضمان على الورثة بمجرد موت موروثهم ، إذا كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها . على الصحيح من المذهب .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية ابن منصور ـ : فى رجل ترك مائتى دينار وعبداً قيمته مائة . وأوصى لرجل بالعبد . فسرقت الدنانير بعد موت الرجل : وجب العبد للموصَى له ، وذهبت دنانير الورثة .

وهكذا ذكره الخرقى ، وأكثر الأصحاب .

وقال القاضى ، وابن عقيل ـ فى كتاب العتق ـ : لا يدخل فى ضمانهم بدون القبض . لأنه لم يحصل فى أيديهم ، ولم ينتفعوا به . أشبه الدين والغائب ونحوهما ، مما لم يتمكنوا من قبضه .

فعلى هذا : إن زادت التركة قبل القبض : فالزيادة للورثة . وإن نقصت : لم يحسب النقص عليهم . وكانت التركة مابقى .

ذكره فى القاعدة الحادية والخمسين ، وعلله .

الثانية : قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِى : بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ﴾ بلا نزع .

لكن لو مات الموصى له بقضاء دينه قبل موت الموصى : لم تبطل الوصية ، بلا نزاع . لأن تفريغ ذمة المدين بعد موته كتفريغها قبله ، لوجود الشغل فى الحالين ، كما لو كان حياً . ذكره الحارثى .

الثالثة : لا تنعقد الوصية إلا بقوله « فوضت » أو « وصيت » إليك ، أو « إلى زيد بكذا » أو « أنت » أو « هو » أو « جعلته » أو « جعلتك وصيِّي » أو « أعطوه

من مالى بعد موتى كذا » أو « ادفعوه إليه » أو « جعلته له » أو « هو له بعد موتى » أو « هو له من مالى بعد موتى » ونحو ذلك .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ : بَطَلَتْ أَيْضًا ﴾ بلا نزاع .

لـكن لو ردها بعد قبوله ، وقبل القبض : لم يصح الرد مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والفائق ، والزركشى . وصححه الحارثى .

قال فى المجد : هذا المذهب .

وقيل : يصح رده مطلقاً . اختاره القاضى ، وابن عقيل .

وقيل : يصح رده فى المـكيل والموزون ، بعد قبوله ، وقبل قبضه .

جزم به المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : إن كان الرد بعد القبول والقبض : لم يصح الرد . وكذا لو كان بعد القبول ، وقبل القبض ، على ظاهر كلام جماعة .

وأورده المجد : مذهباً .

فائدة : إذا لم يقبل بعد موته ، ولا رد : فحـكمه حكم مُتَحَجِّر الموات ، على ما مر فى بابه . قاله فى الفروع .

وقال فى القاعدة العاشرة بعد المائة : لو امتنع من القبول ، أو الرد : حكم عليه بالرد ، وسقط حقه من الوصية .

وقاله فى الـكافى . وجزم به الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ ، وَقَبْلَ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ : قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَه . ذَكَرَهُ الْخِرَقِىُّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية صالح . قاله المجد .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

﴿ وقال القاضى : تَبْطُلُ الوصِيَّةُ عَلَى قِياسِ قَوْلِهِ ﴾ .

يعنى : فى خيار الشفعة ، وخيار الشرط . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها عبد الله ، وابن منصور .

واختاره ابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه .

وقدمه فى القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة ، وقال : اختاره القاضى والأكثرون .

وحكى الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وجهاً : أنها تنتقل إلى الوارث بلا قبول ، كالخيار .

قوله ﴿ وَإِنْ قَبِلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ : ثَبَتَ الْمِلْكُ حِينَ القَبُولِ . فِي الصَّحِيحِ ﴾ .

وهو المذهب . قاله المصنف ، وغيره . وأومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

ونصره القاضى ، وأصحابه . وقدمه فى الفروع .

قال الشارح ، وابن منجا : هذا الصحيح من المذهب . ونصره الشارح .

ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والخلاصة ، والمحرر ، والفائق .

قال فى العمدة : ولو وصى بشىء ، فلم يأخذه الموصى له زماناً : قُوِّم وقت الموت . لا وقت الأخذ . انتهى .

وقال فى الوجيز : ويثبت الملك بالقبول عقب الموت .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : الخلاف روايتان .

واختار أبو بكر فى الشافى : أن الملك مراعى .

فإذا قبل : تبينا أن الملك ثبت له من حين الموت .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

وحكى الشريف عن شيخه ، أنه قال : هذا ظاهر كلام الخرقى .

قلت : ويحتمله كلام الوجيز المتقدم ، بل هو ظاهر فى ذلك .

قال فى المستوعب : وهذا هو الوجه الذى قبله بعينه . وهو كما قال .

وحكى وجه : بأنه من حين الموت بمجرده . نقله الحارثى .

فعلى الأول : يكون (قَبْلَ الْقَبُولِ لِلْوَرَثَةِ) على الصحيح من المذهب . كما صرح به المصنف هنا .

واختاره هو وابن البنا ، والشيرازى ، والشارح .

وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقيل : يكون على ملك الميت . وهو مقتضى قول الشريف ، وأبى الخطاب ، فى خلافيهما .

قال الحارثى : والقول بالبقاء للميت : قال به أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، والقاضى أبو الحسين ، وغيرهم . انتهى .

وأطلقهما الزركشى ، وصاحب القواعد فيها .

وقال : وأكثر الأصحاب قالوا : يكون للموصى له . وهو قول أبى بكر ، والخرقى ، ومنصوص الإمام أحمد رحمه الله تعالى . انتهى .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة ذكرها الأصحاب .

وذكر المصنف هنا بعضها :

منها : حكم نمائه بين الموت والقبول .

فإن قلنا : هو على ملك الموصى له : فهو له يحتسب عليه من الثلث .

وإن قلنا : هو على ملك الميت : فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث .

فعلى هذا : لو وصى بعبد لايملك غيره ، وثمنه عشرة . فلم تُجِزْ الورثة . فكسب بين الموت والقبول خمسة : دخله الدور .

فتجعل الوصية شيئاً . فتصير التركة عشرة ونصف شيء ، تعدل الوصية والميراث ، وهما ثلاثة أشياء . فيخرج الشيء أربعة بقدر خمسي العبد . وهو الوصية . وتزداد التركة من العبد درهمين .

فأما بقيته : فزادت على ملك الورثة . وجهاً واحداً . قاله فى المحرر ، وغيره .

و إن قلنا : هو على ملك الورثة : فهو لهم خاصة .

وذكر القاضى فى خلافه : أن ملك الموصى له لايتقدم القبول ، وأن النماء قبله للورثة ، مع أن العين باقية على حكم ملك الميت . فلا يتوفر الثلث .

وذكر أيضاً إذا قلنا : إنه مراعى ، وأنا نتبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت . فإن النماء يكون للموصى له معتبراً من الثلث .

فإن خرج من الثلث مع الأصل فهما له . وإلا كان له بقدر الثلث . فإن فضل شيء من الثلث كان له من النماء .

وقال فى القاعدة الثانية والثمانين : إذا نمَا الموصَى بوقفه بعد الموت ، وقبل إيقافه : فأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه يصرف مصرف الوقف . لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده .

وأفتى به الشيخ عماد الدين السكرى الشافعى .

قال الدميرى : وهو الظاهر . وأجاب بعضهم بأنه للورثة .

قلت : قد تقدم فى كتاب الزكاة ـ عند السائمة الموقوفة ـ ما يشابه ذلك .

وهو إذا أوصى بدراهم فى وجوه البر ، أو ليشترى بها مايوقف . فاتجر بها الوصى . فقالوا : ربحه مع أصل المال فيما وصى به . وإن خسر ضمن النقص . نقله الجماعة .

وقيل : ربحه إرث .

ومنها : لو نقص الموصى به فى سعر أو صفة .

فقال فى المحرر : إن قلنا يملكه بالموت : اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول .

و إن قلنا : يملكه من حين القبول : اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة . انتهى .

قال فى القواعد : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية ابن منصور . وذكره الخرقى ـ : أنه تعتبر قيمته يوم الوصية .

ولم يحك فى المغنى فيه خلافاً .

فظاهره : أنه تعتبر قيمته بيوم الموت على الوجوه كلها .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا قول الخرقى ، وقدماء الأصحاب .

قال : وهو أوجه من كلام المجد . انتهى .

قلت : وهو الصحيح من المذهب .

جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الفروع : ويُقَوَّم بسعره يوم الموت .

ذكره جماعة . ثم ذكر ما فى المحرر .

وقال فى الترغيب وغيره : وقت الموت خاصة . انتهى .

و يأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب الموصى به فى قوله « وإن لم يأخذه زماناً قوم وقت الموت لا وقت الأخذ » .

ومنها : لو كانت الوصية بأمة . فوطئها الوارث قبل القبول ، وأولدها : صارت أم ولد له . ولا مهر عليه . وولده حر . لايلزمه قيمته . وعليه قيمتها للوصى له .

هذا إن قلنا إن الملك لايثبت إلا من حين القبول . و يملكها الورثة .

و إن قلنا : لايملكها الوارث لم تصر أم ولد .

ومنها : لو وطئها الموصى له قبل القبول و بعد الموت .

فإن قلنا : الملك له فهى أم ولده ، وإلا فلا .

ومنها : لو وصى له بزوجته . فأولدها قبل القبول : لم تصر أم ولد له . وولده رقيق للوارث . ونكاحه باق إن قلنا لا يملكها .

وإن قلنا : يملكها بالموت ، فولده حر . وتصير أم ولده ، ويبطل نكاحه بالموت .

ومنها . لو وصى له بأبيه . فمات قبل القبول . فقبل ابنه ، وقلنا : يقوم الوارث مقامه فى القبول : عتق الموصى به حينئذ . ولم يرث شيئاً . إذا قلنا : إنما يملكه بعد القبول .

وإن قلنا يملكه بالموت : فقد عتق به . فيكون حراً عند موت أبيه . فيرث منه .

ومنها : لو كانت الوصية بمال فى هذه الصورة .

فإن قلنا : يثبت الملك بالموت ، فهو ملك للميت . فتوفَّى منه ديونه ووصاياه .

وعلى الوجه الآخر : هو ملك للوارث الذى قبل . ذكره فى المحرر .

قال فى القواعد : ويتخرج وجه آخر : أنه يكون ملكا للموصى له على كلا الوجهين . لأن التمليك حصل له . فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ؟ .

ومنها : لو وصى لرجل بأرض . فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول ، ثم قبل الموصى له .

ففى الإرشاد : إن كان الوارث عالماً بالوصية : قُلع بناؤه وغرسه مجاناً . وإن كان جاهلا : فعلى وجهين .

قال فى القواعد : وهو متوجه على القول بالملك بالموت .

أما إن قيل هى قبل القبول على ملك الوارث : فهو كبناء المشترى الشقص المشفوع وغرسه . فيكون محترماً ، يتملك بقيمته .

قلت : وهو الصواب .

ومنها : لو بيع شقص فى شركة الورثة ، والموصى له قبل قبوله .

فإن قلنا : الملك له من حين الموت : فهو شريك للورثة فى الشفعة ، وإلا فلا حق له فيها .

ومنها : جريانه من حين الموت فى حول الزكاة .

فإن قلنا : يملكه الموصى له : جرى فى حوله .

وإن قلنا : للورثة ، فهل يجرى فى حولهم ، حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا ؟ لضعف ملكهم فيه ، وتزلزله ، وتعلق حق الموصى له به . فهو كمال المكاتب .

قال فى القواعد : فيه تردد .

قلت : الثانى أولى .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ فِى الْمُوصَّى بِهِ : هَذَا لِوَرَثَتِى ، أَوْ مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فهو لِفُلَانٍ : كَانَ رُجُوعًا ﴾ بلا خلاف أعلمه .

﴿ وَإِنْ أَوْصَى بِهِ لآخَرَ ، وَلَمْ يَقُلْ ذَلِكَ. فَهُوَ بَيْنَهُمَا ﴾ هذا المذهب

قال فى القواعد الفقهية : هذا المشهور فى المذهب .

وجزم به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والشرح ، والمذهب ، والنظم ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والحارثى .

وقيل : هو للثانى خاصة . اختاره ابن عقيل .

ونقل الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية .

وقال فى التبصرة : هو للأول .

فعلى المذهب : أيهما مات ، أو ردَّ قبل موت الموصى : كان للآخر . قاله الأصحاب . فهو اشتراك تزاحم .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ : كَانَ رُجُوعًا ﴾ .

إذا باعه ، أو وهبه : كان رجوعا بلا نزاع .

وكذا إن رهنه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقطع به القاضى ، وابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : ليس برجوع .

فوائد

إحداها : لو أوجبه فى البيع أو الهبة ، فلم يقبل فيهما ، أو عرضه لبيع أو رهن ، أو وصى ببيعه ، أو عتقه أو هبته : كان رجوعاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

واختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف . نقله الحارثى .

وصححه فى المحرر ، والنظم فيما إذا أوجبه فى البيع ، أو وهبه ، ولم يقبل .

وقيل : ليس برجوع ، كإيجاره وتزويجه ، ومجرد لبسه وسكناه . وكوصيته بثلث ماله فيتلف ، أو يبيعه ثم يملك مالاً غيره . فإنه فى ذلك لا يكون رجوعا .

وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

وأطلقهما فى الصغرى ، والحاوى الصغير ، فيما إذا أوجبه فى بيع ، أو هبة ، أو رهن : فلم يقبل .

الثانية : لو قال « ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه » فرجوع . ذكره فى الكافى . واقتصر عليه الحارثى ، ونصره .

الثالثة : لو وصى بثلث ماله ، ثم باعه أو وهبه : لم يكن رجوعاً . لأن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاضر . بل فيما عند الموت . قاله الحارثى .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَإنْ كَاتَبَهُ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

إذا كاتبه ، أو دبره : أطلق المصنف فيهما وجهين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : هو رجوع . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والمحرر ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكتابة . وصححه الحارثى فيهما

والوجه الثانى : ليس ذلك برجوع .

وأطلق فيما إذا جحد الوصية الوجهين .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح الحارثى .

أحدهما : ليس برجوع . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : هو رجوع . وصححه فى النظم .

وقيد الخلاف بما إذا علم . وهو مراد من أطلق . والله أعلم .

قوله ﴿ وَإنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ ، أَوْ أَزَالَ اسْمَهُ ، فَطَحَنَ الْحِنْطَةَ ، أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، أَوْ جَعَلَ الْخُبْزَ فَتِيتًا ، أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ، أَوْ نَجَرَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحْوِهِ ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ وَزَالَ اسْمُهَا . فَقَالَ الْقَاضِى : هُوَ رُجُوعٌ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ ﴾ .

اعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز ، أو أزال اسمه . فطحن الحنطة ، وخبز الدقيق ونحوه .

وكذا لو زال اسمه بنفسه . كانهدام الدار أو بعضها .

فقال القاضى : هو رجوع . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والمحرر ، والنظم .

واختاره ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : ليس برجوع . قدمه فى الهداية ، واختاره .

وقدمه فى المذهب ، والمستوعب . وصححه فى الخلاصة .

وقال فى القاعدة الثانية والعشرين : لو وصى له برطل من زيت معين ، ثم خلطه بزيت آخر . فإن قلنا هو اشتراك : لم تبطل الوصية .

وإن قلنا هو استهلاك : بطلت .

والمنصوص فى رواية عبد الله ، وأبى الحارث : أنه اشتراك .

واختاره ابن حامد ، والقاضى وغيرهما . قاله قبل ذلك .

وأما إذا عمل الخبز فتيتاً ، أو نسج الغزل ، أو عمل الثوب قميصاً ، أو ضرب النُّقْرة دراهم ، أو ذبح الشاة ، أو بنى ، أو غرس : ففيه وجهان .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وأطلقهما فى الكافى ، والنظم ، فى البناء والغراس .

أحدهما : هو رجوع . وهو الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل – فى غير البناء والغراس – ، والمصنف ، والشارح مطلقا .

وصححه فى التصحيح فيما ذكره المصنف .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى ـ فى غير البناء والغراس ـ وصححه فى النظم فى غير البناء والغراس . وصححه الحارثى فيهما .

والوجه الثانى : ليس برجوع . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

قال فى الخلاصة : لم يكن رجوعاً فى الأصح .

فائدتان

إحداهما : لو وصى له بدار ، فانهدمت فأعادها . فالمذهب بطلان الوصية .

قال فى القواعد : هذا المشهور . ولا تعود بعود البناء .

ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة .

وفيه وجه آخر : لا تبطل الوصية بكل حال .

الثانية : وطء الأمة ليس برجوع إذا لم تحمل . على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والكافى .

وقدمه فى المغنى ، وشرح الحارثى .

وفى المغنى : احتمال بالرجوع .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أوصى بأمة ، فوطئها وعزل عنها ـ وقيل : أو لم يعزل عنها ـ ولم تحبل : فليس برجوع .

وذكر ابن رزين فيه وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ . ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى لَمْ يَكُنْ رُجُوعاً ﴾ .

سواء خلطه بدونه ، أو بمثله ، أو بخير منه . وهذا المذهب .

جزم به فى المحرر ، والكافى ، وشرح ابن منجا .

قال فى الهداية : فإن أوصى بطعام ، فخلطه بغيره : لم يكن رجوعا .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، وابن رزين فى شرحه .

وقيل : هو رجوع مطلقا . وصححه الناظم فى خلطه بمثله .

وأطلقهما فى القاعدة الثانية والعشرين . وقال : هما مبنيان على أن الخلط هل هو استهلاك ، أو اشتراك ؟

فإن قلنا : هو اشتراك ، لم يكن رجوعا ، وإلا كان رجوعا .

قلت : تقدمت هذه المسألة فى كتاب الغصب فى كلام المصنف .

والصحيح من المذهب : أنه اشتراك .

وقيل : هو رجوع إن خلطه بجزء منه ، وإلا فلا .

وجزم به فى النظم ، وغيره .

واختاره صاحب التلخيص ، وغيره .

قال الحارثى : وهو مفهوم إيراد القاضى فى المجرد .

وأطلق فى الفروع — فيما إذا خلطه بخير منه — الوجهين .

قال فى الرعايتين : وإن أوصى بقفيز منها ، ثم خلطها بخير منها : فقد رجع ، وإلا فلا .

قال فى الكبرى ، قلت : إن خلطها بأردأ منها صفة : فقد رجع . وإن خلطها بمثلها فى الصفة : فلا .

وقيل : لا يرجع بحال .

فائدة : لو أوصى له بصبرة طعام ، فخلطها بطعام غيرها : فهيه وجهان مطلقان .

وأطلقهما فى الرعايتين .

أحدهما : لا يكون رجوعاً . جزم به فى الحاوى الصغير . إلا أن تكون النسخة مغلوطة .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر .

والوجه الثاني : لا يكون رجوعاً .

قال الحارثى : لو خلط الحنطة المعينة بحنطة أخرى : فهو رجوع .

قطع به المصنف ، والقاضى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . انتهى

فهذا هو المذهب . صححه الحارثى .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن خلطها من الطعام بمثلها قدراً وصفة : فعدم الرجوع أظهر .

وإن اختلفا قدراً أو صفة ، أو احتمل ذلك : فالرجوع أظهر . لتعذر الرجوع بالموصى به .

قوله ﴿ وَإِنْ زَادَ فِى الدَّارِ عِمَارَةً ، أَوِ انْهَدَمَ بَعْضُهَا : فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَّى لَهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية ، وشرح الحارثى .

وأطلقهما فى الفروع ، فيما إذا زاد فيها عمارة .

أحدهما : يستحقه . صححه فى التصحيح ، والنظم .

والثانى : يستحقه . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى التبصرة — فيما إذا زاد فى الدار عمارة — لا يأخذ نماء منفصلا . وفى متصل : وجهان .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وقلت : الأنقاض له ، والعمارة إرث .

وقيل : إن صارت فضاء فى حياة الموصِى : بطلت الوصية . وإن بقى اسمها أخذها إلا ماانفصل منها .

فائدتان

إحداهما : لو بنى الوارث فى الدار — وكانت تخرج من الثلث — فقيل :

يرجع على الموصى له بقيمة البناء . قدمه فى الرعاية الـكبرى .

وقيل : لا يرجع . وعليه أرش مانقص من الدار عما كانت عليه قبل عمارته

وأطلقهما فى الفروع .

وإن جهل الوصية فله قيمته غير مقلوع .

الثانية : لو أوصى له بدار : دخل فيها مايدخل فى البيع . قاله الأصحاب .

ونقل ابن صدقة ـ فيمن أوصى بكرم ـ وفيه حمل : فهو للموصى له .

ونقل غيره : إن كان يوم وصى به له فيه حمل : فهوله .

قال فى عيون المسائل : لا يلزم الوارث سقى ثمرة موصى بها . لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة إلى الموصى له ، بخلاف البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ ، ثُمَّ قَالَ : إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ فَهُوَ لَهُ . فَقَدِمَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي : فَهُوَ لَهُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ مَوْتِهِ : فَهُوَ لِلْأَوَّلِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

واختاره القاضى . وقدمه فى الفروع ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، واختاره القاضى .

وفى الآخر : هو للقادم . وهو احتمال فى الهداية .

وأطلقهما فى المذهب ، والشرح .

قوله ﴿ وَتَخْرُجُ الْوَاجِبَاتُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يُوصِ فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبَرُّعٍ : اعْتُبِرَ الثُّلُثُ مِنَ الْبَاقِي ، بَعْدَ إِخْرَاجِ الْوَاجِبِ ﴾

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل ابن إبراهيم ـ فى حج لم يوص به ، وزكاة ، وكفارة ـ من الثلث .

ونقل أيضاً : من رأس ماله . مع علم الورثة .

ونقل عنه فى زكاة : من كله مع الصدقة .

فائدتان

إحداهما : إذا لم يف ماله بالواجب الذى عليه : تحاصوا . على الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : تقدم الزكاة على الحج . اختاره جماعة .

ونقل عبد الله : يبدأ بالدين . وذكره جماعة قولا ، كتقديمه بالرهينة .

وتقدم ذلك ، والذى قبله ، بأتم من هذا ، فى أواخر كتاب الزكاة ، فى كلام المصنف ، فليراجع .

وتقدم إذا وجب عليه الحج ، وعليه دين ، وضاق المال عن ذلك ، فى أواخر كتاب الحج .

الثانية : المخرج لذلك : وصيُّه ، ثم وارثه . ثم الحاكم . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : الحاكم بعد الوصى . وهو احتمال لصاحب الرعاية .

فإن أخرجه من لا ولاية له عليه من ماله بإذن : أجزأ . وإلا فوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب الإجزاء .

وتقدم فى حكم قضاء الصوم مايشهد لذلك .

وأطلقهما أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَخْرِجُوا الوَاجِبَ مِنْ ثُلُثِي . فَقَالَ القَاضِى : يُبْدَأُ بِهِ . فَإِنْ فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ : فَهُوَ لِصَاحِبِ التَّبَرُّعِ ، وَإِلاَّ بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ ﴾ .

يعنى وإن لم يفضل شىء بطلت الوصية . وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم .

واختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى .

وقال أبو الخطاب : يزاحم به أصحاب الوصايا . وتابعه السامرى .

قال الشارح : فيحتمل ماقال القاضى . و يحتمل ماقاله المصنف هنا .

يعنى : أنه يقسم الثلث بينهما ، و يتمم الواجب من رأس المـال . فيدخله الدور .

و إنما قال المصنف « فيحتمل على هذا » لأن المزاحمة ليست صريحة فى كلام أبى الخطاب . لأن قول القاضى يصدق عليه أيضاً .

قال فى الفروع ، وقيل : بل يتزاحمان فيه . و يتمم الواجب من ثلثيه .

وقيل : من رأس ماله .

وقال فى الفائق ، وقيل : يتقاصان . و يتمم الواجب من رأس المال .

وقيل : من ثلثيه .

باب الموصَى له

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ : مِنْ مُسْلِمٍ ، وَذِمِّيٍّ وَمُرْتَدٍّ ، وَحَرْبِيٍّ ﴾ .

تصح الوصية للمسلم ، والذمى . بلا نزاع . لكن إذا كان معيناً .

أما غير المعين ـ كاليهود والنصارى ونحوهم ـ فلا تصح . صرح به الحارثى وغيره . وقطع به .

وكذا الحربيُّ نص عليه ، والمرتد . على الصحيح من المذهب .

أما المرتد : فاختار صحة الوصية له أبو الخطاب وغيره . وقدمه المصنف هنا .

قال الأزجى فى منتخبه ، والفروع : تصح لمن صح تملكه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال ابن أبى موسى : لاتصح لمرتد .

وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

واختار فى الرعاية : إن بقى ملكه : صح الإيصاء له ، كالهبة له مطلقاً . وإن زال ملكه فى الحال : فلا .

قال فى القاعدة السادسة عشر : فيه وجهان . بناء على زوال ملكه و بقائه .

فإن قيل بزوال ملكه : لم تصح الوصية له ، وإلا صحت . وصحح الحارثى عدم البناء .

وأما الحربى : فقال بصحة الوصية له : جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا المذهب .

قال فى الرعاية : هذا الأشهر ، كالهبة إجماعاً .

وقيل : لا تصح .

وقال فى المنتخب : تصح لأهل دار الحرب . نقله ابن منصور .

قال فى الرعاية : وعنه تصح لحربى فى دار حرب .

قال الحارثى : والصحيح من القول : أنه إذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة : صحت ، وإلا لم تصح .

فائدة : لا تصح لكافر بمصحف ، ولا بعبد مسلم .

فلو كان العبد كافراً ، أو أسلم قبل موت الموصى : بطلت .

وإن أسلم بعد العتق : بطلت أيضاً ، إن قيل بتوقف الملك على القبول ، وإلا صحت .

ويحتمل أن تبطل . قاله فى المغنى .

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَتَصِحّ لِمُكَاتَبِهِ ، وَمُدَبَّرِهِ ﴾ .

هذا بلا نزاع . لكن لو صحت ، وضاق الثلث عن المدبر : بدئ ، بنفسه . فيقدم عتقه على وصيته . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والحارثى ، والفائق ، والفروع ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقال القاضى : يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه .

الثانى : قوله ﴿ وَتَصِحّ لِأُمِّ وَلَدِهِ ﴾ . بلا نزاع .

كوصيته : أن ثلث قريته وقف عليها مادامت على ولدها . نقله المروذى رحمه الله تعالى .

فائدة : لو شرط عدم تزويجها ، فلم تتزوج . وأخذت الوصية ، ثم تزوجت .

فقيل : تبطل . قدمه ابن رزين فى شرحه ، بعد قول الخرقى « وإذا أوصى لعبده بجزء من ماله » .

قال فى بدائع الفوائد ـ قبل آخره بقريب من كراسين ـ قال فى رواية أبى الحارث : ولو دفع إليها مالا ـ يعنى إلى زوجته ـ على أن لا تتزوج بعد موته . فتزوجت ، ترد المال إلى ورثته .

قال فى الفروع ـ فى باب الشروط فى النكاح ـ : وإن أعطته مالا على أن لايتزوج عليها : رده إذا تزوج . ولو دفع إليها مالا على أن لا تتزوج بعد موته ، فتزوجت : ردته إلى ورثته . نقله الحارثى . انتهى .

فقياس هذا النص : أن أم ولده ترد ما أخذت من الوصية إذا تزوجت . فتبطل الوصية بردها . وهو ظاهر مااختاره الحارثى .

وقيل : لا تبطل ، كوصيته بعتق أمته على أن لا تتزوج . فمات ، وقالت لا أتزوج : عتقت .

فإذا تزوجت : لم يبطل عتقها . قولا واحداً . عند الأكثرين .

وقال الحارثى : يحتمل الرد إلى الرق . وهو الأظهر ، ونصره .

وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والحارثى .

قوله ﴿ وَتَصِحّ لِعَبْدِ غيْرِه ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تصح الوصية لِقِنِّ زَمَنَها . ذكره ابن عقيل .

تنبيهان

أحدهما : يستثنى من كلام المصنف ، وغيره ـ ممن أطلق ـ الوصية لعبد وارثه وقاتله . فإنها لاتصح لهما ، مالم يصر حراً وقت نقل الملك . قاله فى الفروع وغيره . وهو واضح .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : صحة الوصية له . سواء قلنا يملك أو لا يملك .

وصرح به ابن الزاغونى فى الواضح . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

والذى قدمه فى الفروع : أنها لا تصح إلا إذا قلنا يملك .

فقال : وتصح لعبد إن ملك .

وتقدم التنبيه على ذلك فى كتاب الزكاة فى فوائد العبد : هل يملك بالتمليك ؟

قوله ﴿ فَإِنْ قَبِلَهَا فَهِيَ لِسَيِّدِهِ ﴾ .

مراده : إذا لم يكن حراً وقت موت الموصى .

فإن كان حراً وقت موته : فهى له . وهو واضح .

و إن عتق بعد الموت وقبل القبول : ففيه الخلاف المتقدم فى الفوائد المتقدمة فى الباب الذى قبله .

و إن لم يعتق : فهى لسيده . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : و يتخرج أنها للعبد .

ثم قال : و بالجملة فاختصاص العبد أظهر .

وقال ابن رجب : المال للسيد .

نص عليه فى رواية حنبل .

وذكره القاضى وغيره .

و بناه ابن عقيل وغيره على الخلاف فى ملك السيد .

فائدة : لو قبل السيد لنفسه : لم يصح . جزم به فى الترغيب .

ولا يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى الهبة . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : بلى . اختاره أبو الخطاب فى الانتصار .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : لا تصح لقن زمن الوصية . كما تقدم .

ووَجَّه في الفروع في صحة عتقه ، ووصيته لعبده بمشاع : روايتين ، من قوله لعبده « أنت حر بعد موتى بشهر » في باب المدبر .

فائدة

الأولى : لو وصى له بربع ماله ، وقيمته مائة ، وله سواه ثمانمائة : عتق . وأخذ مائة وخمسة وعشرين . هذا الصحيح .

ويتخرج : أن يعطى مائتين تكميلا . لعتقه بالسراية من تمام الثلث .

قال في الرعاية الكبرى ، قلت : ويحتمل أن يعتق ربعه ، ويرث بقيته .

ويحتمل بطلان الوصية . لأنها لسيده الوارث . انتهى .

الثانية : تصح وصيته للعبد بنفسه أو برقبته . ويعتق بقبول ذلك ، إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، أَوْ بِمَائَةٍ : لَمْ تَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . قاله في الفروع ، وغيره .

وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايات .

قال ابن رجب : أشهر الروايتين عدم الصحة .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

بل عليه الأصحاب .

﴿ وَحُكِيَ عَنْهُ أَنَّهَا تَصِحُّ ﴾ .

وصرح بهذه الرواية ابن أبي موسى ومن بعده .

قال الحارثي : وهو المنصوص .

فعليها يُشْتَرى من الوصية ويعتق . وما بقى فهو له .

جزم به فى الكافى وغيره . وقدمه فى الرعاية ، وغيرها .

وقيل : يُعْطَى ثلث المعين إن خرجا معه من الثلث .

فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمائة لهم ، إن لم يشترطها المبتاع . قاله جماعة من الأصحاب .

قال فى الفروع : إذا وصى له بمعين ، فعنه : كما له .

وعنه : يُشْتَرَى ، و يعتق .

وكونه كما له : قطع به ابن أبى موسى .

تنبيه : من الأصحاب من بنى الروايتين هنا على أن العبد : هل يملك ، أولا ؟

فإن قلنا يملك : صحت ، و إلا فلا .

وهى طريقة ابن أبى موسى ، والشيرازى ، وابن عقيل ، وغيرهم .

وأشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح .

ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية القدرُ المعين ، أو المقدر من التركة لا بعينه . فيعود إلى الجزء المشاع .

قال ابن رجب فى فوائده : وهو بعيد جدا .

وتقدم ذلك فى كتاب الزكاة فى العبد : هل يملك بالتمليك ، أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَتَصِحّ لِلْحَمْلِ ، إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حِينَ الوَصِيَّةِ ﴾ .

هذا بلا نزاع . لكن هل الوصية له تعلق على خروجه حياً ؟ وهو اختيار القاضى ، وابن عقيل فى بعض كلامه ، أو يثبت الملك له من حين موت الموصى وقبول الولى له ؟ .

واختار ابن عقيل أيضاً ـ فى بعض كلامه ـ فيه وجهان .

وصرح أبو المعالى ابن منجا بالثانى ،وقال : ينعقد الحول عليه من حين الملك إذا كان مالا زكويا . وكذلك فى المملوك بالإرث .

وحكى وجهاً آخر : أنه لايجرى فى حول الزكاة ، حتى يوضع . للتردد فى كونه حيًا مالكا كالمكاتب .

قال فى القواعد : ولا يعرف هذا التفريع فى المذهب .

قوله ﴿ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، أَوْ سَيِّدٍ يَطَؤُهَا ، أَوْ لِأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى : إن لم تكن ذات زوج ، ولا سيد يطؤها .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من أربع سنين بالشرط المتقدم . وهو المذهب .

قال فى الوجيز : وتصح لحمل تحقق وجوده قبلها . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح . وقدمه فى الخلاصة .

والوجه الثاني : لاتصح الوصية . لأنه مشكوك فى وجوده . ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية .

ويأتى كلامه فى المحرر وغيره .

تنبيهان

أحدهما : لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها .

وكذا قال فى المغنى ، وجماعة .

وقال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : إن أتت به لدون ستة

أشهر ـ من حين الوصية ـ صحت ، سـواء كانت فراشاً أو بائنا . لأنا نتحقق وجوده حال الوصية .

قال الحارثى : وهو الصواب ، جزما . وهو كما قال .

الثانى : قوله « أو لأقل من أربع سنين » هذا بناء منه على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين . وهو المذهب ، على مايأتى فى كلام المصنف مصرحاً به فى أول كتاب العدد .

وأما إذا قلنا : إن أكثر مدة الحمل : سنتان ، فبأن تضعه لأقل من سنتين .

والشارح ـ رحمه الله ـ جعل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف مبنيان على الخلاف فى أكثر مدة الحمل .

والأولى : أن الخلاف فى صحة الوصية وعدمها . وعليه شرح ابن منجا . وهو الصواب .

فائدة : قال المصنف وغيره : فإن كانت فراشا لزوج أو سيد ، إلا أنه لايطؤها ـ لـكونه غائباً فى بلد بعيد ، أو مريضا مرضاً يمنع الوطء ، أو كان أسيراً ، أو محبوساً ، أو علم الورثة أنه لم يطأها ، أو أقروا بذلك ـ : فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصورة و بين ما إذا كان يطؤها .

قال المصنف : ويحتمل أنها متى أتت به فى هذه الحال ، أو وقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ـ مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ـ أو تـكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملا : صحت الوصية له . انتهى .

قلت : وهذا هو الصواب .

وجزم به فى الـكافى .

قال الزركشي : وجزم به في المغني .

وليس كذلك . وقد تقدم لفظه .

قال في الرعاية الكبرى : ولا تصح الوصية للحمل ، إلا أن تضعه لدون ستة أشهر من حين الوصية .

وقيل : إذا ماوضعته بعدها ـ لزوج أو سيد ـ ولم يلحق نسبه إلا بتقدير وطء قبل الوصية : صحت له أيضاً . انتهى .

وقال في الفروع : فإن أتت به لأكثر من ستة أشهر ـ ولا وطء ـ فوجهان . ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل .

وقال في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والفائق : ولا تصح وصية لحمل إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ وصى له .

وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ما لم يلحق الواطئ نسبه إلا بوطء قبل الوصية : صحت ، وإلا فلا .

وإن ولد لأكثر مدة الحمل فأقل ، ولا وطء إذاً : فوجهان .

وقال في الكبرى : ولا تصح له إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ الوصية . وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ـ إذا لم يلحق ـ فلا تصح الوصية له . وإن كانت بائناً فكذلك .

وقيل : لاتصح الوصية ، وإن ولدته بعد أكثر مدة الحمل من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم يلحقه . فلا تصح الوصية له .

وإن ولدته لأقل من أربع سنين منذ الفرقة لحقه . وصحت .

وإن وصى لحمل من زوج أو سيد يلحقه : صحت .

وإن كان منفياً ـ بلعان ، أو بدعوى الاستبراء ـ فلا .

وإن كانت فراشاً لزوج أو سيد ، وما يطؤها ـ لبعد ، أو مرض ، أو أسر ، أو حبس ـ لحقه . وصحت الوصية .

وقيل : وكذا إن وطئها .

ويحتمل أن يلحقه إن ظننا أنه كان موجوداً حين الوصية . انتهى .

تنبيه : قول المصنف « لأقل من ستة أشهر ، ولأقل من أربع سنين » وكذا قال الأصحاب .

قال ابن منجا فى شرحه : ولم يذكر المصنف « بأن تضعه لستة أشهر ، أو لأربع سنين » ولا بد منها .

فإنها إذا وضعته لستة أشهر ، أو لأربع سنين : علم أيضاً أنه كان موجوداً . لاستحالة أن يولد ولد لأقل من ستة أشهر .

وتبع فى ذلك المصنف فى المغنى .

والصواب : ماقاله المصنف هنا والأصحاب .

ولذلك قال الزركشى : انعكس على ابن منجا الأمر . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو وصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى : تساويا فى ذلك .

وأما الوصية بالحمل : فتأتى فى كلام المصنف فى أول باب الموصى به .

الثانية : لو قال « إن كان فى بطنك ذكر : فله كذا . وإن كان أنثى : فكذا » فكان فيه ذكر وأنثى ، فلهما ماشرط .

ولو كان قال « إن كان مافى بطنك ذكر : فله كذا ، وإن كان مافى بطنك أنثى : فله كذا » فكان فيه ذكر وأنثى : فلا شىء لهما . قاله فى الفروع .

وإن كان خنثى ـ فى المسأله الأولى ـ فقال فى الكافى : له ما للأنثى حتى يتبين أمره .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِمَنْ تَحْمِلُ هَذِهِ الْمَرْأَةُ : لَمْ تَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : تصح .

وجزم ابن رزين بصحة الوصية للمجهول والمعدوم ، وصحتها بهما أيضاً .

قال فى القواعد الفقهية : لاتصح لمعدوم بالأصالة ، كـ « من تحمل هذه الجارية » صرح به القاضى ، وابن عقيل .

وفى دخول المتجدد بعد الوصية ، وقبل موت الموصى : روايتان .

وذكر القاضى ـ فيمن وصى لمواليه ، وله مدبرون ، وأمهات أولاد ـ أنهم يدخلون . وعلل بأنهم أموال حال الموت . والوصية تعتبر بحال الموت .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله على الخلاف فى المتجدد بين الوصية والموت ، قال : بل هذا متجدد بعد الموت . فمنعه أولى .

وأفتى الشيخ تقى الدين أيضاً : بدخول المعدوم فى الوصية تبعاً . كمن وصى بغلة ثمره للفقراء ، إلى أن يحدث لولده ولد .

فائدة : لو وصى بثلثه لأحد هذين . أو قال « لجارى » أو « قريبى فلان » باسم مشترك : لم تصح الوصية . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تصح . كقوله « أعطوا ثلثى أحدهما » فى أصح الوجهين .

قال فى القواعد الأصولية ، فيما إذا قال « لجارى ، أو قريبى فلان » باسم مشترك ، أصح الروايتين عند الأصحاب : لاتصح ، للإبهام .

واختار الصحة فى غير الأولى : القاضى ، وأبو بكر فى الشافى ، وابن رجب .

وتقدم فى التى قبلها : كلام ابن رزين .

وجزم المصنف فى فتاويه : بعدم الصحة فى المسألة الأولى .

فعلى القول بالصحة : فقيل يعينه الورثة . جزم به فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يعين بقرعة . قطع به فى القواعد الفقهية . وهو الصواب .

وأطلقهما فى الفروع ، وقواعد الأصول .

فعلى المذهب : لو قال « عبدى غانم حر بعد موتى » وله مائة ، وله عبدان . بهذا الاسم : عتق أحدهما بقرعة . ولا شىء له . نقله يعقوب ، وحنبل .

وعلى الثانية : هى له من ثلثه . اختاره أبو بكر .

تنبيه : قال فى القاعدة الخامسة بعد المائة : محل الخلاف فيما إذا قال « لجارى فلان » باسم مشترك : إذا لم يكن قرينة .

فإن كان ثَمَّ قرينة ، أو غيرها : أنه أراد معيناً منهما ، وأشكل علينا معرفته : فهنا تصح الوصية بغير تردد . ويخرج المستحق منهما بالقرعة فى قياس المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَتَلَ الوَصِىّ المُوصِى : بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى القواعد : بطلت . رواية واحدة . على أصح الروايتين .

وعنه : لاتبطل . اختاره ابن حامد .

قال الحارثى : اختـاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ جَرَحَهُ ، ثُمَّ أَوْصَى لَهُ فَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ : لَمْ تَبْطُلْ فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختـاره ابن حامد ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وابن بكروس ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : تبطل . اختاره أبو بكر ، والقاضى .

وجزم به ابن أبى موسى .

قوله ﴿ وَقَالَ أَصْحَابُنَا : فِى الوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ : رِوَايَتَانِ ﴾ .

قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : فى الحالين روايتان .

وقال فى الفروع ، وقال جماعة : فى الوصية للقاتل روايتان ، سواء أوصى له قبل الجرح ، أو بعده .

إحداهما : تصح . اختارها ابن حامد .

والثانية : لاتصح . اختارها أبو بكر .

فتلخص لنا فى صحة الوصية للقاتل ثلاثة أوجه : الصحة مطلقا . اختاره ابن حامد . وعدمها مطلقا . اختاره أبو بكر .

والفرق بين أن يوصى له بعد الجرح : فيصح ، وقبله : لايصح . وهو الصحيح من المذهب .

ويأتى نظير ذلك فى باب العفو عن القصاص ، فيما إذا أبرأ من قتله من الدية أو وصى له بها .

وقال فى الرعاية ، وقيل : الوصية والتدبير كالإرث .

ويأتى فى كلام المصنف ـ فى باب الموصى به ـ إذا قتل وأخذت الدية : هل تدخل فى الوصية ، أم لا ؟

فائدة : مثل هذه المسألة : لو دبر عبده ، وقتل سيده أو جرحه ، خلافا ومذهبا . قاله الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل يبطل تدبير العبد ، دون الأمة .

وقال فى الفروع : فإن جعل التدبير عتقاً بصفة : فوجهان . وأطلقهما .

ويأتى هذا آخر التدبير محررا .

قوله ﴿ وَإنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، أَوْ لِجَمِيعِ الأَصْنَافِ : صَحَّ . وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ القَدْرَ الَّذِى يُعْطَاهُ فِى الزَّكَاةِ ﴾ .

وهذا المذهب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم .

قال فى الفروع ـ فى كتاب الوقف ، فيما إذا وقف على الفقراء ـ لايجوز إعطاء الفقير أكثر مما يعطى من الزكاة فى المنصوص .

وقدمه فى المغنى وغيره هناك . وقدمه فى النظم هنا .

وقال ، وقيل : يعطى كل صنف ثُمُن . وقيل : يجوز .

فاختار أبو الخطاب ، وابن عقيل : جواز زيادة المسكين على خمسين ، وإن منعناه منها فى الزكاة . ذكروه فى الوقف . وهذا مثله .

قال الحارثى هنا : وهو الأقوى . وتقدم ذلك .

وتقدم أيضاً : أنه لو وقف على الفقراء : دخل المساكين . وكذا عكسه يدخل الفقراء .

وتقدم هناك قول بعدم الدخول .

وحكم القدر الذى يعطى كل واحد من أصناف الزكاة من الوصية : حكم مايعطى من الوقف عليهم ، على ماتقدم . فليعاود .

فائدة : قال فى الفائق ، وغيره : الرقاب ، والغارمون ، وفى سبيل الله . وابن السبيل : مصارف الزكاة .

وكذا قال فى الفروع فى كتاب الوقف .

فيعطى فى فداء الأسرى لمن يفديهم

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : أو يوفَّى ما استدين فيهم . انتهى .

قلت : أما إذا أوصى لجميع أصناف الزكاة ـ كما قال المصنف هنا ـ فإنهم يعطون بأجمعهم .

وكذا لو أوصى لأصناف الزكاة ، فتعطى الأصناف الثمانية .

أعنى أنهم أهل للإعطاء . لدخولهم فى كلامه .

وحكم إعطائهم هنا كالزكاة .

وصرح بذلك المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الحاوى الصغير .

وقالوا : ينبغى أن يعطى لكل صنف ثُمن الوصية ، كما لو أوصى لثمان قبائل .

وفرقوا بين هذا و بين الزكاة ـ حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد ـ أن آية الزكاة : أريد فيها بيان من يجوز الدفع إليه ، والوصية أريد بها : بيان من يجب الدفع إليه .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن وصى لأصناف الزكاة الثمانية : فلكل صنف الثمن . ويكفى من كل صنف ثلاثة .

وقيل : بل واحد .

ويستحب إعطاء من أمكن منهم بقدر الحاجة . وتقديم أقارب الموصى . ولا يعطى إلا مستحق من أهل بلده . انتهى .

قال الحارثى : وظاهر كلام الأصحاب : جواز الاقتصار على البعض ، كالزكاة .

والأقوى : أن لكل صنف ثمناً .

قال : والمذهب جواز الاقتصار على الشخص الواحد من الصنف .

وعند أبى الخطاب : لابد من ثلاثة ، لكن لاتجب التسوية .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ : صَحَّ . وَإِنْ مَاتَ الفَرَسُ : رُدَّ المُوصَي بِهِ ، أَوْ بَاقِيهِ ، إِلَى الوَرَثَةِ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يصرف إلى فرس آخر حبيس . وهو احتمال لأبى الخطاب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ البِرّ : صُرِفَ فِي القُرَبِ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره المصنف ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم

وقيل عنه : يصرف فى أربع جهات : فى أقاربه ، والمساكين ، والحج ، والجهاد .

قال ابن منجا فى شرحه : وهى المذهب .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقيد فى الفائق وغيره الأقارب بالذين لايرثون . وهو كما قال .

وعنه : فداء الأسرى ، مكان الحج .

ونقل المروذى ـ فيمن أوصى بثلثه فى أبواب البر ـ يُجَزَّأ ثلاثة أجزاء ، جزء فى الحج ، وجزء فى الجهاد ، وجزء يتصدق به فى أقاربه .

زاد فى التبصرة : والمساكين .

وعنه : يصرف فى الجهاد ، والحج ، وفداء الأسرى .

قال المصنف ـ عن هذه الروايات ـ وهذا ـ والله أعلم ـ ليس على سبيل اللزوم والتحديد . بل يجوز صرفه فى الجهات كلها .

قال فى الفروع : والأصح لايجب ذلك .

وذكر القاضى ، وصاحب الترغيب : أن قوله « ضع ثلثى حيث أراك الله » أو « فى سبيل البر والقربة » يصرفه لفقير ومسكين وجوباً .

قلت : هذا ظاهر كلام كثير من الأصحاب . لحكايتهم الخلاف ، وإطلاقهم .

فعلى المذهب : أفضل القرب : الغزو . فيبدأ به . نص عليه .

قال فى الفروع : و يتوجه ما تقدم فى أفضل الأعمال .

يعنى الذى حكاه من الخلاف فى أول صلاة التطوع .

وتقدم التنبيه على ذلك فى الوقف .

فائدتان

إحداهما : لو قال « ضع ثلثى حيث أراك الله » فله صرفه فى أى جهة من جهات القرب . والأفضل : صرفه إلى فقراء أقاربه .

فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع . فإن لم يجد فإلى جيرانه .

وتقدم قريباً عن القاضى ، وصاحب الترغيب : وجوب الدفع إلى الفقراء والمساكين فى هذه المسألة .

الثانية : لايشترط فى صحة الوصية القربة . على الصحيح من المذهب . خلافاً للشيخ تقى الدين رحمه الله .

فلهذا قال : لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً فى الاستحقاق : لم يصح . فلو وصى لأجهل الناس : لم يصح .

وعلل فى المغنى الوصية لمسجد بأنه قربة .

قال فى الفروع : فدل على اشتراطها .

وقال فى الترغيب : تصح الوصية لعمارة قبور المشايخ والعلماء[1] .

وقال فى التبصرة : إن أوصى لما لامعروف فيه ولا بر ـ ككنيسة ، أو كتب التوراة ـ لم يصح . ذكر ذلك فى الفروع فى أوائل كتاب الوقف .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِأَلْفٍ : صُرِفَ فِى حَجَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَدَ ﴾ .

---

(١) هذا خلاف ماسن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى المثل التى بعدها .

سواء كان راكباً أو راجلا . وهذا المذهب .

جزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وعنه : تصرف فى حجة لاغير . والباقى إرث .

ونقل ابن إبراهيم : بعد الحجة الأولى : تصرف فى الحج ، أو فى سبيل الله .

وقال فى الفصول : من وصى أن يحج عنه بكذا : لم يستحق ماعين زائداً على النفقة . لأنه بمثابة جعالة . واختاره . ولا يجوز فى الحج .

واختار أبو محمد الجوزى : أنه إن وصى بألف يحج بها : يصرف فى كل حجة قدر نفقته حتى ينفد . ولو قال «حجوا عنى بألف ، فما فضل فللورثة» .

وقد تقدم فى باب الإجارة : أن الإجارة لا تصح على الحج ونحوه . على الصحيح من المذهب . فيعطى هنا لأجل النفقة .

فعلى المذهب : إن لم تكف الألف ، أو البقية بعد الإخراج : حج به من حيث يبلغ . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المحرر . وقدمه فى الشرح ، والفروع ، والفائق ، والكافى .

وقيل : يعان به فى حجة . اختاره القاضى .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال ابن عبدوس ـ فى تذكرته ـ وبقيتها : لعاجزة عن حجة لمصلحتها . انتهى .

وعنه : يخير . فإن تعذر فهو إرث . قاله فى الرعاية ، وغيره .

قال الحارثى : وفيه وجه ببطلان الوصية إذا لم تكف الحج .

فائدتاه

إحداهما : إذا كان الحج تطوعا : أجزأ أن يحج عنه من الميقات . على الصحيح .

صححه فى الحاوى الصغير .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفائق .

وقدمه فى الفروع ، وغيره ، فى كتاب الحج .

قال الحارثى : وهو أقوى .

واختاره أبو بكر ، وصاحب التلخيص ، والمحرر .

وقيل : لا تجزىء إلا من محل وصيته ، كحجه بنفسه .

وجزم به فى الكافى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

لكن قال عن الأولى : هو أولى . كما تقدم .

وتقدم ذلك فى كتاب الحج ، قبيل قوله « ويشترط لوجوب الحج على المرأة وجود محرمها » .

الثانية : إن كان الموصى قد حج حجة الإسلام : كانت الألف من ثلث ماله .

وإن كانت عليه حجة الإسلام : فنفقتها من رأس المال ، والباقى من الثلث .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ : يُحَجُّ عَنِّى حَجَّةً بِأَلْفٍ : دُفِعَ الْكُلُّ إِلَى مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمستوعب .

وقيل : البقية من نفقة الحجة إرث . جزم به فى التبصرة .

وحكاه الحارثى رواية . وقدمه فى الهداية .

وصححه فى الخلاصة . وأطلقهما فى المذهب .

قوله ﴿ فَإِنْ عَيَّنَهُ فِي الوَصِيَّةِ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فُلَانٌ بِأَلْفٍ . فَأَبَى الْحَجَّ وَقَالَ : اصْرِفُوا لِي الفَضْلَ : لَمْ يُعْطَهُ . وَبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ﴾ .

يعني من أصلها إذا كان تطوعاً .

وهذا أحد الوجهين . وهو احتمال في المغني ، والشرح ، والرعاية .

وهو ظاهر ماجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . فإن كلامهم كـكلام المصنف .

وجزم به في المحرر ، والمنور . وصححه الحارثي .

والوجه الثاني : تبطل في حقه لاغير ، ويحج عنه بأقل مايمكن من نفقة ، أو أجرة . والبقية للورثة . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وفي بعض نسخ المقنع ﴿ لم يعطه و بطلت الوصية في حقه ﴾ وعليهـا شرح الشارح .

وذكرها ابن منجا في المتن ولم يشرحها . بل علل البطلان فقط .

فعلى هذه النسخة ـ مع أن النسخة الأولى لا تأبى ذلك ـ يكون المصنف قد جزم بهذا الوجه هنا .

وجزم به في الكافي ، والنظم والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

وقدمه في الرعاية الـكبرى ، والفائق ، والمغني ، والشرح ، ونصراه .

واختاره ابن عقيل . وأطلقهما في الفروع .

وذكر الناظم قولا : أن بقية الألف للذي حج .

تنبيه : محل هذا الخلاف : إذا كان الموصى قد حج حجة الإسلام .

أما إذا لم يكن حج حجة الإسلام ، وأبى من عَيَّنه : فإنه يقام غيره بنفقة المثل . والفضل للورثة . ولا تبطل قولا واحداً . وهو واضح . ويحسب الفاضل في الثلث عن نفقة مثله ، أو أجرة مثله للفرض .

فوائد

منها : لو قال « يحج عنى زيد بألف » فما فضل فهو وصية له إن حج . ولا يعطى إلى أيام الحج . قاله الإمام أحمد رحمه الله ، ويحتمل أن الفضل للوارث .

ومنها : لا يصح أن يحج وصى بإخراجها .

نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبى داود . وأبى الحارث ، وجعفر النسائى ، وحرب رحمهم الله .

قال : لأنه منفذ . فهو كقوله : « تصدق عنى به » لا يأخذ منه .

ومنها : لا يحج وارث . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية أبى داود رحمه الله .

وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

واختار جماعة من الأصحاب : بلى ، يحج عنه إن عينه ، ولم يزد على نفقته . منهم : الحارثى .

وجزم به المصنف فى المغنى ، والشارح ، وشرح ابن رزين .

وفى الفصول : إن لم يعينه جاز .

ومنها : لو أوصى أن يحج عنه بالنفقة صح .

ومنها : لو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة فى عام واحد : صح . وأحرم النائب بالفرض أولا ، إن كان عليه فرض .

ومنها : لو وصى بثلاث حجج . لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه فى عام واحد . قاله فى الرعايتين .

قال : ويحتمل أن تصح ، إن كانت نفلا .

وتقدم فى حكم قضاء رمضان ، وكتاب الحج أيضاً : هل يصح حج الأجنبى عن الميت حجة الإسلام بدون إذن وليه أم لا ؟ .

وقال فى الفروع ـ فى باب حكم قضاء الصوم ـ حكى الإمام أحمد عن طاوس : جواز صوم جماعة عنه فى يوم واحد . ويجزىء عن عدتهم من الأيام .

قال : وهو أظهر . واختاره المجد .

قال : فدل ذلك على أن من أوصى بثلاث حجج ، جاز صرفها إلى ثلاثة يحجون عنه فى سنة واحدة .

وجزم ابن عقيل بأنه لايجوز . لأن نائبه مثله .

وذكره فى الرعاية قولا . ولم يذكر قبله مايخالفه .

ذكره فى فصل استنابة المعضوب من باب الإحرام وهو قياس ماذكره القاضى فى الصوم . انتهى كلامه فى الفروع .

ولم يستحضر تلك الحال ماذكره فى باب الموصى به ، أو رآه بعد ذلك . وقد أطلق وجهين فى صحة ذلك .

ثم وجدت الحارثى نقل عن القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى : صحة صرف ثلاث حجج فى عام واحد ، وقال : وهو أولى .

قوله ﴿ فإنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَّتِهِ ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرْبِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : هم أهل المحلة الذين يكون طريقهم بدربه .

فائدة : يعتبر فى استحقاقه سكناه فى السكة : حال الوصية . نص عليه .

وجزم به فى المستوعب ، وغيره .

وقدمه فى الفروع . واختاره ابن أبى موسى .

وقال فى المغنى : ويستحق أيضاً لو طرأ إلى السكة بعد الوصية .

وقال فى القاعدة السابعة بعد المائة : وفى دخول المتجدد بعد الوصية ، وقبل موت الموصى : روايتان .

ثم قال : والمنصوص ـ فيمن أوصى أن يتصدق فى سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصى ـ قال : إنما كانت الوصية للذين كانوا .

ثم قال : ما أدرى كيف هذا ؟ قيل : فيشبه هذا الكورة ؟ قال : لا . الكورة وكثرة أهلها : خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم ، يقسم بينهم . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ : تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم أبو حفص ، والقاضى وأصحابه ، والمصنف ، والشارح .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقال أبو بكر : مستدار أربعين داراً .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى المستوعب : وقال أبو بكر ، وقد قيل : مستدار أربعين داراً .

قال فى الفائق ـ بعد قول أبى أبكر ـ وقيل : من أربعة جوانب .

قال الشارح ـ عن قول أبى بكر ـ يعنى : من كل جانب .

وعنه جيرانه : مستدار ثلاثين داراً . ذكرها فى الفروع .

وقال فى الفائق : تناول أربعين داراً من كل جانب .

وعنه : ثلاثين . ذكرها أبو الحسين .

فظاهر هذه الرواية مخالف للتى قبلها . لكن فسرها الحارثى بالأول .

ونقل ابن منصور : لاينبغى أن يعطى هنا إلا الجار الملاصق .

وقيل : يرجع فيه إلى العرف .

قلت : وهو الصواب ، إن لم يصح الحديث[١] .

وقد استدل المصنف ، والشارح للمذهب بالحديث فيه . وقال : هذا نص لايجوز العدول عنه ، إن صح . و إن لم يثبت فالجار : هو المقارب . و يرجع فى ذلك إلى العرف . انتهيا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَابَتِهِ ـ وَلَهُ أَبٌ وَابْنٌ ـ فَهُمَا سَوَاءٌ . وَالْأَخُ وَالْجَدُّ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

و يحتمل تقديم الابن على الأب ، والأخ على الجد .

وقيل : يقدم الجد على الأخ .

تنبيه : قوله ﴿ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ : سَوَاءٌ ﴾ .

بلا نزاع . وهذا مبنى على القول بأن الأخ من الأم يدخل فى القرابة ، على ماتقدم فى كتاب الوقف . قاله فى الفروع ، وغيره . وكذا الحكم فى أبنائهما .

وكذا يحمل ماقاله فى المغنى والكافى : أن الأب والأم سواء .

قوله ﴿ وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ : أَحَقُّ مِنْهُمَا ﴾ .

وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الفروع ، و يتوجه رواية : أنه كأخيه لأبيه ، لسقوط الأمومة كالنكاح . وجزم به فى التبصرة .

---

(١) وهو ماروى الامام أحمد رحمه الله « الجار أربعون داراً . هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » ذكره صاحب كشاف القناع .

قلت : واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ذكره فى القاعدة العشرين بعد المائة ، لكن ذكره فى الوقف .

فائدتان

إحداهما : الأب أولى من ابن الابن . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والحارثى .

وقطع به فى المغنى ، وغيره .

وقدم فى الترغيب : أن ابن الابن أولى .

قال : وكل من قُدِّم : قُدِّم ولده ، إلا الجدَّ . فإنه يقدم على بنى إخوته ، وأخاه لأبيه . فإنه يقدم على ابن أخيه لأبويه .

الثانية : يستوى جداه وعماه كأبويه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يقدم جده وعمه لأبيه .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحّ الوَصِيَّةُ لِـكَنِيسَةٍ ، وَلاَ بَيْتِ نَارٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة . وقطع به أكثرهم .

وذكر القاضى : أنه لو أوصى بحُصُر البِيَع وقناديلها وما شا كل ذلك ، ولم يقصد إعظامها : أن الوصية تصح . لأن الوصية لأهل الذمة صحيحة .

قلت : وهذا ضعيف .

ورده الشارح . واقتصر عليه فى الرعاية ، وقال : فيه نظر .

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل على صحة الوصية من الذمى لخدمة الكنيسة .

قال فى الهداية ، ومن تبعه : وإن وصى لبناء كنيسة أو بيعة أو كَتْب التوراة والإنجيل : لم تصح الوصية .

ونقل عبد الله مايدل على صحتها .

قال فى الرعايتين : لم تصح على الأصح .

ثم قال : قلت : تحمل الصحة على وصية ذمى بما يجوز له فعله من ذلك . انتهى

قلت : وحمل الرواية على غير ظاهرها متعين .

قوله ﴿ وَلاَ لِكُتُبِ التَّوْرَاةِ ، وَالإِنْجِيلِ ، وَلاَ لِمَلَكٍ ، وَلاَ لِمَيِّتٍ ﴾

بلا نزاع . وقال فى الرعاية : ولا تصح لكتب توراة و إنجيل على الأصح .

وقيل : إن كان الموصى بذلك كافراً : صح ، و إلا فلا .

وتقدم قريباً فى فائدة : هل تشترط القرابة فى الوصية أم لا ؟ .

تنبيه : قوله ﴿ وَلاَ لِبَهِيمَةٍ ﴾ .

إن وصى لفرس حبيس : صح . إذا لم يقصد تمليكه كما صرح به المصنف قبل ذلك .

و إن وصى لفرس زيد : صح . ولزم بدون قبول صاحبها . و يصرفها فى علفه .

ومراد المصنف هنا : تمليك البهيمة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَعْلَمُ مَوْتَه ، فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ ﴾ .

وهو أحد الوجهين .

ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه .

واختاره فى الهداية ، والكافى .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف . وهو المذهب .

جزم به فى المذهب ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه عامة الأصحاب .

حتى أبو الخطاب فى رؤوس المسائل .

ونص عليه من رواية ابن منصور .

وقال فى الرعاية الكبرى : وتتوجه القرعة بين الحى والميت .

تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يقل : هو بينهما . فإن قاله : كان له النصف . قولا واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَم ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُ الموصَّى بِهِ ﴾ بلا نزاع .

فوائد

إحداها : لو وصى له ولجبريل ، أو له وللحائط بثلث ماله : كان له الجميع . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقيل : له النصف . وهو احتمال للقاضى .

قلت : هى شبيهة بالتى قبلها .

الثانية : لو وصى له وللرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بثلث ماله : قسم بينهما نصفان . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والتلخيص .

وقيل : الكل له .

فعلى المذهب : يصرف ماللرسول فى المصالح . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : يصرف فى الكراع ، وفى السلاح ، والمصالح .

الثالثة : لو وصى له ولله : قسم نصفان . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

وقيل : كله له . كالتى قبلها . جزم به فى الكافى .

الرابعة : لو وصى لزيد وللفقراء بثلثه : قسم بين زيد والفقراء نصفين . نصفه له ونصفه للفقراء . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إذا أوصى لزيد وللفقراء : فهو كأحدهم . فيجوز أن يعطى أقل شىء . انتهى .

ولو كان زيد فقيراً : لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً . نص عليه فى رواية ابن هانىء ، وعلى بن سعيد . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل القاضي الاتفاق على ذلك .

مع أن ابن عقيل ـ فى فنونه ـ حكى عنه : أنه خرج وجهاً بمشاركتهم إذا كان فقيراً . ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَرَدَّ الوَرَثَةُ : فَلِلأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُمَا بِثُلُثَيْ مَالِهِ : فَكَذَلِكَ عِنْدَ القَاضِى ﴾ .

يعنى : إذا ردَّ الورثة نصف الوصيـة . وهو ماجاوز الثلث من غير تعيين فيكون للأجنبى السدس ، والسدس للوارث .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا .
واختاره ابن عقيل .

وعند أبى الخطاب له الثلث كله ، كما لو ردَّ الورثة وصيته .

وقيل : السدس للأجنبي . ويبطل الباقي . فلا يستحق الوارث فيه شيئا .

فوائد

إحداها : لو ردوا نصيب الوارث : كان للأجنبي الثلث كاملا . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : له السدس . ورده بعضهم .

الثانية : لو أجازوا للوارث وحده : فله الثلث . بلا نزاع .

وكذا إن أجازوا للأجنبي وحده : فله الثلث . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحارثى .

وقيل : له السدس فقط .

الثالثة : لو ردوا وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبي : فله السدس . على الصحيح من المذهب . وهو ينزع إلى قول القاضى .

وقدمه فى الرعاية ، وغيرها .

وقيل : له الثلث . وهو ينزع إلى قول أبى الخطاب .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِابْنَيْهِ وَأَجْنَبِيٍّ ، فَرَدَّا وَصِيَّتَهُ . فَلَهُ التُّسْعُ عِنْدَ الْقَاضِي ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق

وعند أبى الخطاب : له الثلث .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أقيس .

قال فى الفائق : ويحتمل أن يكون له السدس ، جعلا لهما صنفا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ ، وَلِلفُقَرَاءِ ، وَالْمَسَاكِينِ بِثُلُثِهِ . فَلِزَيْدٍ التُّسْعُ . وَالبَاقِى لَهُمَا ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع ، قلت : ويحتمل أن له السدس . لأنهما هنا صنف . انتهى .

قلت : يتخرج فيه أيضاً : أن يكون كأحدهم . فيعطى أقل شىء . كما قاله صاحب الرعاية ، على ماتقدم قريبا .

فوائد

الأولى : لو وصى له ولإخوته بثلث ماله : فهو كأحدهم . قدمه فى الرعاية الكبرى ، وقال : ويحتمل أن له النصف ولهم النصف .

قال الحارثى : أظهر الوجهين : أن له النصف .

وقال فى الفروع : ولو وصى له وللفقراء بثلثه . فنصفان .

وقيل : هو كأحدهم ، كَلَهُ وإخوته فى وجه .

فظاهر ماقدمه : أن يكون له النصف . وهو احتمال فى الرعاية . وهو المذهب وتقدم قريباً : إذا أوصى له وللفقراء ، أو له ولله ، أو له وللرسول ، وما أشبه ذلك .

الثانية : لو وصى بدفن كتب العلم : لم تدفن . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

وقال : مايعجبنى .

ونقل الأثرم : لا بأس .

ونقل غيره : يحسب من ثلثه . وعنه : الوقف .

قال الخلال : الأحوط دفنها .

الثالثة : لو وصى بإحراق ثلث ماله : صح . وصرف فى تجمير الكعبة ، وتنوير المساجد . ذكره ابن عقيل ، واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : الذى ينبغى : أن ينظر فى القرائن . فإن كان من أهل الخير ، ونحوهم : صرف فى ذلك ، وإلا فهو لغو .

الرابعة : قال ابن عقيل ، وابن الجوزى : لو وصى بجعل ثلثه فى التراب . صرف فى تكفين الموتى .

ولو وصى بجعله فى الماء : صرف فى عمل سفن للجهاد .

قلت : وهذا من جنس ماقبله .

وقال ابن الجوزى — إما من عنده ، وأما حكاية عن الإمام الشافعى رحمه الله — ولم يخالفه : لو أن رجلا وصى بكتبه من العلم لآخر . فكان فيها كتب الكلام : لم تدخل فى الوصية . لأنه ليس من العلم . وهو صحيح .

باب الموصى به

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِالْمَعْدُومِ ، كَالَّذِى تَحْمِلُ أَمَتُهُ ، أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

فإن حصل شىء : فهو له ، وإلا بطلت .

قال فى الفروع : ويعتبر إمكان الموصى به .

وفى الترغيب وغيره : واختصاصه .

فلو وصى بمال غيره : لم يصح ، ولو ملكه بعد .

وتصح بزوجته . ووقت فسخ النكاح : فيه الخلاف .

وبما تحمل شجرته أبداً ، أو إلى مدة . ولايلزم الوارث السقى . لأنه لم يضمن تسليمها ، بخلاف مشتر .

ومثله بمائة لايملكها إذن .

وفى الروضة : إن وصى بما تحمل هذه الأمة ، أو هذه النخلة : لم تصح . لأنه وصية بمعدوم .

والأشهر : وبحمل أمته ، ويأخذ قيمته . نص عليه .

وقيل : ويدفع أجرة حضانته . انتهى كلام صاحب الفروع .

وقيل : لاتصح الوصية بحمل أمته .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ المَالِ . كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجِسِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ ﴾ .

يعنى : إذا لم تجز الورثة . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَإِنْ قَلَّ . فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، والحاوى الصغير . إلا أن تكون النسخة مغلوطة .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب .

قال الحارثى : وهو الأظهر عند الأصحاب .

﴿ وَفِي الآخَرِ لَهُ ثُلُثُهُ ﴾

وهو المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق . واختاره فى المحرر . وأطلقهما فى المذهب ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

قال الحارثى : ويحتمل وجهاً ثالثاً ، وهو : أن يضم إلى المال بالقيمة . فتقدر المالية فيه ، كتقديرها فى الجزء فى بعض الصور . ثم يعتبر من الثلث كأنه مال . قال : وهذا أصح .

فوائد

إحداها : الكلب المباح النفع : كلب الصيد ، والماشية ، والزرع ، لا غير . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا الأشهر .

قال فى الرعاية الكبرى : فى الصيد .

وقيل : أو بستان . وقاله فى الرعايتين فى آدابهما .

وقيل : وكلب البيوت أيضاً . وهو احتمال للمصنف . فعليه : تصح الوصية أيضا

وأما الجرو الصغير : فيباح تربيته لمن يباح اقتناؤه له . على الصحيح من المذهب . صححه فى الفروع ، والرعاية الصغرى ـ فى آدابهما ـ والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى الكافى . فتصح الوصية به .

وقيل : لاتجوز تربيته ، فلا تصح الوصية به .

وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

أما إن كان عنده مايصيد به ، ولم يصد به ، أو يصيد به عند الحاجة إلى الصيد ، أو لحفظ ماشية ، أو زرع ، إن حصلا : فخلاف . قاله فى الفروع .

وذكره فى المغنى ، والشرح : احتمالين مطلقين . ذكره فى البيع .

قلت : الذى يظهر : أن ذلك كالجرو الصغير .

وقدم فى الكافى : الجواز .

وقدمه ابن رزين ، وجعل فى الرعاية : الكلب الكبير ، الذى لايصيد به لهواً ، كالجرو الصغير . وأطلق الخلاف فيه .

وجزم بالكراهة فى آداب الرعايتين .

وقال فى الواضح : الكلب ليس مما يملكه .

وفى طريقة بعض الأصحاب : إنما يصح لملك اليد الثابت له ، كخمر تخلل . ولو مات من فى يده خمر : وُرث عنه . فلهذا يورث الكلب . نظراً إلى اليد حساً .

الثانية : تقسم الكلاب المباحة بين الورثة ، والموصى له ، والموصَّى لهما : بالعدد . فإن تشاحوا : فبقرعة .

ويأتى فى باب الصيد : تحريم اقتناء الكلب الأسود البهيم ، وجواز قتله . وكذا الكلب العقور .

الثالثة : لو أوصى له بكلب ، وله كلاب .

قال فى الرعاية : له أحَدُها بالقرعة . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه : بل ماشاء الورثة . انتهى .

قلت : وهذا هو الصواب . وأطلقهما الحارثى .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ بقوله « وتصح بما فيه نفع مباح كالزيت

النجس » أن ذلك على القول بجواز الاستصباح به . وهو المذهب ، على ماتقدم فى كتاب البيع .

أما على القول بعدم الجواز : فما فيه نفع مباح . فلا تصح الوصية به . وهو صحيح . صرح به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى : الإطلاق . وإنما جعل التقييد بما قال المصنف من عنده .

قوله ﴿ وَتَصِحّ الوَصِيَّةُ بالَمجْهُول كَعَبْدٍ وَشَاةٍ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَيُعْطَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الأسْمُ . فإِنِ اخْتَلَفَ الأَسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالعُرْفِ ، كَالشَّاةِ . هِىَ فِى العُرْفِ لِلأُنثَى ﴾ يعنى : الأنثى الكبيرة ﴿ وَالبَعِيرِ ، وَالثَّوْرِ ﴾ هو ﴿ فِى العُرْفِ لِلذَّكَرِ ﴾ يعنى : الذكر الكبير ﴿ وَحْدَهُ . وَفِى الْحَقِيقَةِ لِلذَّكَرِ ، وَالأُنْثَى : غُلِّبَ العُرْفُ ﴾ .

هذا اختيار المصنف . وصححه الناظم .

وجزم به فى الوجيز .

وقدم فى الرعايتين : أن « الشاة » للأنثى .

وجزم به فى التبصرة فى « البعير » و « الثور » .

وقال المصنف : « العبد للذكر المعروف » .

وقدمه فى الفروع فى باب الوقف ، والحارثى هنا .

وعند القاضى وغيره : لايشترط كونه ذكراً .

وقال فى الفروع فى الوقف ـ فيما إذا أوصى بعبد ـ فى إجزاء خنثى غير مشكل وجهان . جزم الحارثى أنه لايدخل فى مطلق العبد .

وقال أصحابنا : تغلب الحقيقة . وهو المذهب . فيتناول الذكور والإناث ، والصغار والكبار .

وأطلق فى الشرح فى « البعير » وجهين .

وقال القاضى فى الخلاف « الشاة » اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار

قوله ﴿ وَالدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

فتتقيد يمين من حلف لايركب دابة بها .

وفى الترغيب وجه فى وصية بدابة : يرجع إلى عرف البلد .

وذكر أبو الخطاب فى التمهيد ـ فى الحقيقة العرفية ـ أن « الدابة » اسم للفرس عرفا ، وعند الإطلاق : ينصرف إليه .

وذكره فى الفنون عن أصولى ، يعنى بنفسه .

قال : لأن لها نوع قوة من الدبيب : ولأنه ذو كَرٍّ وفَرٍّ .

فوائد

الحصان والجمل والحمار : للذكر . والناقة والبقرة والحِجْرة والأتان : للأنثى .

وأما الفرس : فللذكر والأنثى .

قال فى الفائق : قلت : والبغل للذكر ، والبغلة تحتمل وجهين . انتهى .

ولو قال « عشرة من إبلى وغنمى » فهو للذكر والأنثى . على الصحيح .

وقال المصنف ، والشارح : يحتمل أنه إن قال « عشرة » بالهاء فهو للذكور . وبعدمها للإناث .

و « الرقيق » للذكر والأنثى والخنثى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ـ كَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ـ صَحَّ . وَيُعْطِيهِ الوَرَثَةُ مَا شَاءُوا مِنْهُمْ . فِي ظَاهِرِ كَلاَمِهِ ﴾ .

هو إحدى الروايتين . ونص عليه فى رواية ابن منصور . وهو المذهب .

اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ـ فى خلافيهما ـ والشيرازى ، والمصنف ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم .

وقال الخرقى : يعطى واحد بالقرعة .

وهو رواية عن الإمام أحمد . رحمه الله .

اختاره ابن أبى موسى ، وصاحب المحرر . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى التبصرة : هاتان الروايتـان فى كل لفظ احتمل معنيين ، قال : ويحتمل حمله على ظاهرهما .

فائدة : قال القاضى فى هذه المسألة : يعطيه الورثة ماشاءوا من عبد أو أمة .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

وقال المصنف : الصحيح عندى : أنه لا يستحق إلا ذكراً . وهو المذهب كما تقدم . وظاهر النظم الإطلاق .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ : لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز .

قال الحارثى : المذهب البطلان .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وتصح فى الآخر . ويشترى له مايسمى عبداً .

وأطلقهما فى الشرح ، والفائق .

فعلى المذهب : لو ملك عبيداً قبل موته ، فهل تصح الوصية ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى الشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى .

أحدهما : تصح . وهو الصحيح . جزم به فى الحاوى الصغير .

وقدمه فى الرعايتين .

والثانى : لاتصح ، كمن وصى لعمرو بعبد زيد ثم ملكه .

فائدة : لو وصى بأن يعطى مائة من أحد كيسَيَّ . فلم يوجد فيهما شيء . استحق مائة على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : استحق مائة على المنصوص .

وجزم به فى الرعايتين .

وهو ظاهر ماجزم به الحارثى .

وقيل : لايستحق شيئاً .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ ، فَمَاتُوا إلاَّ وَاحِدًا : تعَيَّنَت الوَصِيَّةُ فِيهِ ﴾

وهو الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : يتعين بالقرعة .

قال فى الرعاية الكبرى : ويتوجه أن يقرع بين الحى والميت .

فائدة : لو لم يكن له إلا عبد واحد : صحت . وتعينت فيه . على الصحيح من المذهب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وقال الحارثى : قياس المذهب : بطلان الوصية .

ولو تلف رقيقه كلهم قبل موت الموصى : بطلت الوصية .

ولو تلفوا بعد موته من غير تفريط : فكذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ قُتِلُوا كُلُّهُمْ فَلَهُ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ ﴾ .

إما بالقرعة أو باختيار الورثة ، على الخلاف المتقدم . قاله الأصحاب .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وإن قتلوا فى حياته : بطلت . وإن قتلوا بعد موته أخذت قيمة عبد من قاتله . وقاله فى النظم وغيره .

فيحمل كلام المصنف على ذلك .

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ ـ وَلَهُ أَقْوَاسٌ لِلرَّمْيِ وَالْبُنْدُقِ وَالنَدْفِ ـ فَلَهُ قَوْسُ النَّشَّابِ . لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا ، إِلاَّ أَنْ يَقْتَرِنَ بِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

قال الحارثى : وهو الأصح .

وعند أبى الخطاب : له واحد منها ، كالوصية بعبد من عبيده .

واختاره فى الهداية . وأطلقهما فى المذهب .

وقيل : له واحد منها غير قوس البندق . وأطلقهن فى الفائق .

وقيل : له مايرمى به عادة .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : فله قوس النشاب .

وقيل : والنبل . قال فى المذهب : فيه وجهان .

أحدهما : تنصرف الوصية إلى قوس النشاب والنبل على قول القاضى .

فوائد

إحداها : يعطى قوسا معمولة بغير وَتَر على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

قال الحارثى : وهو الأظهر .

وقيل : يعطى قوساً مع وتره .

جزم به فى الترغيب . و به جزم القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية: قوس النشاب: هو الفارسي. وقوس النبل: هو العربي. وقوس جرخ وقوس بمجرى وهو الذى يوضع فى مجراه السهم، فيخرج من المجرى. وقوس البندق: هو قوس جُلاهق.

الثالثة: لو كان له أقواس من جنس، أو قوس نشاب ونبل — وقلنا: يُعْطَى من كل منهما —: أعطى أحدَهَا بالقرعة. قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وقيل: بل برضى الورثة.

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ، أَوْ طَبْلٍ، وَلَهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ: انْصَرَفَ إِلَى الْمُبَاحِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ مُحَرَّمٌ: لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ﴾

بلا نزاع فى ذلك. وتقدم حكم ما إذا تعددت الكلاب قريباً.

قوله ﴿وَتُنَفَّذُ الْوَصِيَّةُ فِيمَا عُلِمَ مِنْ مَالِهِ وَمَا لَمْ يُعْلَمْ﴾.

جزم به فى المغنى، والشرح، وغيرهما. ولا أعلم فيها خلافاً.

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى بِثُلُثِهِ، فَاسْتَحْدَثَ مَالاً: دَخَلَ ثُلُثُهُ فِى الْوَصِيَّةِ﴾

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، والمغنى، والشرح، وغيرهم.

وقدمه فى المحرر، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والنظم، والفائق، وغيرهم.

وعنه: يدخل المتجدد مع علمه به، أو قوله «بثلثى يوم أموت» وإلا فلا.

تنبيه: قد يدخل فى كلامه: لو نصب أحبولة قبل موته، فوقع فيها صيد بعد موته. فإن الصيد يكون للناصب. فيدخل ثلثه فى الوصية. وهو صحيح. وهو المذهب. وقدمه فى الفروع.

وقال فى الانتصار، وغيره: لا يدخل، ويكون كله للورثة.

وأطلقهما فى الرعاية.

قوله ﴿ وَإنْ قُتِلَ وَأُخِذَتْ دِيَتُهُ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما الخرقى ، والزركشى ، وابن رزين فى شرحه ، والشرح ، والهداية فى باب ميراث القاتل .

إحداهما : تدخل . فتكون من جملة التركة . وهو المذهب .

قال الإمام أحمد رحمه الله « قد قضى النبى صلى الله عليه وسلم أن الدية ميراث »

واختاره القاضى ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى التصحيح ، وشرح الحارثى . وغيرهما .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الخلاصة ، فى باب ميراث القاتل : وتؤخذ ديون المقتول ووصاياه من ديته على الأصح .

ويأتى كلامه فى الرعايتين ، والحاوى ، والفائق فى التى بعدها . ومال إليه الزركشى .

والرواية الثانية : لاتدخل . فتكون للورثة خاصة .

وقيل : يقضى منها الدين أيضاً ، على الرواية الثانية .

وهو ظاهر ماقطع به المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن رزين فى شرحه .

فإنهم قالوا — على الرواية الثانية — وكذلك يقضى منها ديونه ، ويجهز منها .

وطريقة المجد ، وصاحب الفروع ، وغيرهما : أن وفاء الدين مبنى على الروايتين ، إن قلنا له : قضيت ديونه . وإن قلنا للورثة : فلا . وهو المذهب .

وأما تجهيزه : فإنه منها بلا نزاع .

ويأتى مايشابه ذلك فى أثناء باب العفو عن القصاص .

تنبيه : مبنى الخلاف هنا : على أن الدية تحدث على ملك الميت ، أو على ملك الورثة ؟ فيه روايتان .

والصحيح من المذهب : أنها تحدث على ملك الميت .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ بِقَدْرِ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَهَلْ تُحْسَبُ الدِّيَةُ عَلَى الوَرَثَةِ ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾ .

بناء على الروايتين المتقدمتين . قاله الشارح ، وابن منجا ، والحارثى .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : ودية المقتول عمداً أو خطأ تركة ، تقضى منها ديونه . وفى وصيته وجهان .

ولو وصى بمعين قدر نصف الدية . فالدية محسوبة على الورثة من ثلثيه .

وقيل : لا . وعنه : ديته لهم . فلا حق فيها لوصية ولا دين .

وقيل : يقضى منها الدين فقط .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ المُفْرَدَةِ . فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنَافِعِ أَمَتِهِ أَبَدًا ، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . وللورثة عتقها بلا نزاع . ولهم بيعها مسلوبة المنفعة على الصحيح من المذهب .

قال ابن منجا ، وغيره : هذا المذهب . وصححه فى النظم .

وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والحارثى ، والفروع ، والهداية والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، وغيرهم .

وقطع به القاضى ، وابن عقيل .

وقيل : لايصح بيعها مطلقا .

وقيل : يصح لمالك نفعها لاغير . اختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وأطلقهن فى الفائق .

وهن فى الكافى احتمالات مطلقات .

تنبيه : قوله ﴿ وَلِلْوَرَثَةِ عِتْقُهَا ﴾ يعنى مجانا .

أما عتقها عن كفارة : فلا يجزىء على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يجزىء كعبد مؤجر .

وأطلقهما فى التلخيص ، وشرح الحارثى .

ومتى قلنا بالجواز ـ إما مجانا ، وإما عن كفارة ، على هذا القول ـ فانتفاع رب الوصية به باق .

فائدة : صحة كتابتها مبنى على صحة بيعها هنا .

قوله ﴿ وَلَهُمْ وَلَايَةُ تَزْوِيجِهَا ﴾ .

يعنى للورثة الذين يملكون رقبتها .

والصحيح من المذهب : أن وليها مالك رقبتها .

جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى ، وصححه ، وغيرهم .

وقيل : وليها مالك رقبتها ومالك المنفعة جميعاً .

فعلى المذهب : لايزوجها إلا بإذن مالك المنفعة .

قاله فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَأَخْذُ مَهْرِهَا فِى كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ ﴾ .

يعنى لملاك الرقبة ذلك . وهذا اختيار المصنف ، وابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال أصحابنا : مهرها للوصى .

يعنى : للموصى له بنفعها . وهو المذهب .

جزم به فى المنور ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، وغيره .

وصححه فى النظم ، والحارثى ، وغيرهما .

قال فى الفائق : هذا قول الجمهور . وأطلقهما فى الفروع .

وهذه المسألة : من غير الغالب الذى ذكرناه فى الخطبة من المصطلح فى معرفة المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَلِلْوَرَثَةِ قِيمَةُ وَلَدِهَا عِنْدَ الوَضْعِ عَلَى الوَاطِىءِ ﴾ يعنى لأصحاب الرقبة .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . جزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع والفائق . وغيرهم .

وقيل : يشترى بها مايقوم مقامها .

وأطلقهما فى الشرح ، وشرح الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ قُتِلَتْ فَلَهُمْ قِيمَتُهَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وتبطل الوصية . وهو المذهب . صححه فى التصحيح وغيره .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع والفائق وغيرهم .

وفى الأخرى : يشترى بها مايقوم مقامها .

قدمه فى الهداية ، والتبصرة ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

واختاره القاضى ، والمصنف ، وغيرهما . وأطلقهما فى الشرح .

تنبيه : ينبني على الخلاف ماإذا عفا عن قاتلها : هل تلزمه القيمة ، أم لا ؟ . قاله فى الفروع .

فائدة : لو قتلها الورثة لزمهم قيمة المنفعة . ذكره فى الانتصار عند الكلام على الخلع بمحرم .

قلت : وعموم كلام المصنف ، وغيره من الأصحاب : أن قتل الوارث كقتل غيره .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الترغيب : فى جواز وطء مالك الرقبة وجهان .

فائدة : لو وطئها واحد منهما فلا حد عليه ، وولده حر .

فإن كان الواطىء مالك الرقبة : صارت أم ولد . وإلا فلا .

وفى وجوب قيمة الولد عليه الوجهان .

وكذا المهر على ماتقدم من اختيار المصنف ، واختيار الأصحاب .

وقيل : يجب الحد على صاحب المنفعة إذا وطىء .

فعلى هذا : يكون ولده مملوكا . وهو احتمال فى المغنى وغيره .

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة : لايجوز للوارث وطؤها إذا كان موصى بمنافعها . على أصح الوجهين . وهو قول القاضى ، خلافاً لابن عقيل .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ ، أَوْ زِنًا : فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ﴾ .

هذا أحد الوجهين .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، وشرح ابن منجا .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والشرح .

وقال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة .

قدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم . وجزم به فى المنور .

وهذا المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة .

قال فى القاعدة الحادية والعشرين : الولد هل هو كالجزء ، أو كالكسب ؟ والأظهر : أنه كجزء .

ثم قال ، مفرعاً على ذلك : لو ولدت الموصى بمنافعها .

فإن قلنا : الولد كسب . فكله لصاحب المنفعة .

و إن قلنا : هو جزء ، ففيه وجهان .

أحدهما : أنه بمنزلتها .

والثانى : أنه للورثة . لأن الأجزاء لهم دون المنافع .

قوله ﴿ وَفِي نَفَقَتِهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ﴾ .

وهن احتمالات فى الهداية .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : وفى نفقتها وجهان . انتهى .

أحدهما : أنه فى كسبها . فإن عدم ففى بيت المال .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : فإن لم يكن لها كسب . فقيل : تجب فى بيت المال . قال الحارثى : هو قول الأصحاب .

وقال المصنف ــ عن القول أنه يكون فى كسبها ــ هو راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة . وهذا الوجه للقاضى فى المجرد .

والوجه الثانى : أنها على مالكها . يعنى : على مالك الرقبة .

وهو الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً للإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به فى الوجيز ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن بكروس ، وغيرهم . وعند القاضى مثله .

وقدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

والوجه الثالث: أنه على الموصى ، وهو مالك المنفعة . وهو المذهب .

صححه فى التصحيح . واختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، وتجريد العناية .

قوله ﴿ وَفِى اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُث : وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وشرح الحارثى .

أحدهما : يعتبر جميعها من الثلث . وهو الصحيح .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . وصححه فى التصحيح .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

والوجه الثانى : تقوَّم بمنفعتها ، ثم تقوم مسلوبة المنفعة . فيعتبر مابينهما . اختاره القاضى .

وقدمه فى الخلاصة ، والنظم .

وقيل : إن وصى بمنفعة على التأبيد : اعتبرت قيمة الرقبة بمنافعها من الثلث لأن عبداً لا منفعة له لاقيمة له .

وإن كانت الوصية بمدة معلومة : اعتبرت المنفعة فقط من الثلث . اختاره فى المستوعب .

وأطلقهما فى الفروع أيضاً .

فقال : وهل يعتبر خروج ثمنها من ثلثه ، أو ماقيمتها بنفعها وبدونه ؟

فيها وجهان . وإن وصى بنفعها وقتاً . فقيل : كذلك . وقيل : يعتبر وحده من ثلثه . لإمكان تقويمه مفرداً . انتهى .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فائدة لو مات الموصى له بنفعها : كانت المنفعة لورثته . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الانتصار فى الأجرة بالعقد .

وقال : ويحتمل مثله فى هبة نفع داره ، وسكناها شهراً : تسليمها . انتهى .

وقدمه فى الفروع .

وقيل : بل لورثة الموصى .

قلت : وينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما إذا مات الموصى له برقبتها : أن تكون الرقبة لوارثه .

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ : صَحَّ . وَيَكُونُ كَمَا لَوِ اشْتَرَاهُ﴾ على ما يأتى فى باب الكتابة . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا : صَحَّ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

إلا أن القاضى قال فى الخلاف ـ فيمن مات وعليه زكاة ـ إن الوصية لاتصح بمال الكتابة والعقل ، لأنه غير مستقر .

فائدتان

إحداهما : لو قال « ضعوا نجماً من كتابته » فلهم وضع أى نجم شاءوا .

وإن قال « ضعوا ماشاء المكاتب » فالكل . على الصحيح من المذهب . إذا شاء .

وقيل : لا . كما لو قال « ضعوا ماشاء من مالها » .

وإن قال « ضعوا أكثر ما عليه ، ومثل نصفه » وضع عنه فوق نصفه وفوق ربعه . يعني : بشرط أن يكون مثل نصف الموضوع أولاً .

الثانية : لو أوصى لمكاتبه بأوسط نجومه ـ وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر ـ تعلق الوضع بالشفع المتوسط ، كالأربعة ، المتوسطة منها : الثاني والثالث . وكالستة ، المتوسط منها : الثالث والرابع .

قال في القواعد الأصولية : ذكره أبو محمد المقدسي ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع . وللموصى له الاستيفاء والإبراء . ويعتق بأحدهما ، والولاء للسيد . فإن عجز : فأراد الوراث تعجيزه ، وأراد الموصى له إنظاره : فالقول قول الوارث . وكذا إذا أراد الوارث إنظاره ، وأراد الموصى له تعجيزه : فالحكم للوارث .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ ، وَبِمَا عَلَيْهِ لآخرَ : صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ . وَإِنْ عَجَزَ : فَهُوَ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ . وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ ﴾ .

إذا أدّى لصاحب المال ، أو أبرأه منه : عتق وبطلت الوصية . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الشارح : ويحتمل أن لا تبطل وصية صاحب الرقبة ، ويكون الولاء له . لأنه أقامه مقام نفسه . ومال إليه وقواه .

فإن عجز : فسخ صاحب الرقبة كتابته . وكان رقيقاً له . وبطلت وصية صاحب المال .

وإن كان قبض من مال الكتابة شيئاً : فهو له .

قوله ﴿ وَمَنْ أُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلِفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ بَعْدَهُ : بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ تلِفَ المَالُ كُلُّهُ غَيْرَهُ ، بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي : فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا : قُوِّمَ وَقْتَ المَوْتِ ، لَا وَقْتَ الأَخْذِ ﴾

يعنى : إذا أوصى له بشىء معين فنما . وهذا المذهب مطلقا . نص عليه . فى رواية ابن منصور .

وقطع به الخرقى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قول الخرقى هو قول قدماء الأصحاب . وهو أوجه من قول الجد . يعنى الآتى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال فى المحرر : إن قلنا : يملكه بالموت ، اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت ، على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول ، سعراً وصفة . انتهى .

فبنى ذلك على أن الملك بين الموت والقبول : هل هو للموصى له ، أو للورثة ؟ على ماتقدم فى كتاب الوصايا فى الفوائد المبنية على قوله « وإن قبلها بعد الموت : ثبت الملك حين القبول » وذكرنا هذا هناك أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ سِوَى المُعَيَّنِ ، إِلَّا مَالٌ غَائِبٌ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ : فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ المُوصَى بِهِ . وَكُلَّمَا اقْتُضِيَ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الغَائِبِ شَيْءٌ : مَلَكَ مِنَ المُوصَى بِهِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ حَتَّى يَمْلِكَهُ كُلَّهُ . وَكَذَلِكَ الحُكْمُ فِي المُدَبَّرِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وذكره الخرقى فى المدبر . وقدمه فى الفائق ، والحارثى .

وقال : قاله الأصحاب . وصححه .

وقيل : لايدفع إليه شىء ، بل يوقف . لأن الورثة شركاؤه فى التركة . فلا يحصل له شىء مالم يحصل للورثة مثلاه .

قلت : وهذا بعيد جداً . فإنه إذا أخذ ثلث هذا المعين : يبقى ثلثاه . فإن لم يحصل من المال الغائب والدين شىء ألبتة : فللورثة الباقى من هذا الموصى به . فما يحصل للموصى له شىء إلا وللورثة مثلاه .

غايته : أنه غير معين ، ولا يضر ذلك .

فعلى المذهب : تعتبر قيمة الحاصل بسعره يوم الموت على أدنى صفته ، من يوم الموت إلى يوم الحصول .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ عَبْدٍ ، فَاسْتُحِقَّ ثُلُثَاهُ . فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي ﴾

يعنى : إذا خرج من ثلث التركة . قاله الأصحاب .

وهذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وشرح الحارثى ، والفائق وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : له ثلث ثلثه لاغير .

فائدة : مثل ذلك : لو أوصى بثلث صُبرة من مكيل أو موزون ، فتلف ، أو استحق ثلثاها ، خلافا ومذهبا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَاسْتُحِقَّ اثْنَانِ ، أَوْ مَاتَا : فَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والحارثى ، وغيرهم .

وقيل : جميعه له إذا لم يجاوز ثلث قيمتها .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ . وَلآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ . وَمِلْكُهُ غَيْرُ العَبْدِ مِائَتَانِ . فَأَجَازَ الوَرَثَةُ : فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ المَائَتَيْنِ وَرُبُعُ العَبْدِ . وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ : ثَلاَثَةُ أَرْبَاعِهِ ﴾ .

وهذا المذهب ـ أعنى : فى المزاحمة فى العبد ـ وعليه الأصحاب : الخرقى ، فمن بعده .

قال الشارح : وهو قول سائر الأصحاب .

قال ابن رجب : وتبع الخرقى على ذلك : ابن حامد ، والقاضى ، والأصحاب .

ثم قال : فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان فى وقتين مختلفين . ولا إشكال على هذا .

و إن حمل على إطلاقه ـ وهو الذى اقتضاه كلام الأكثرين ـ فهو وجه آخر .

ثم قال : ونصوص الإمام أحمد رحمه الله وأصوله : مخالفة لذلك .

ثم قال : وقد ذكر ابن حامد : أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقى ، وأنكروها عليه ، ونسبوه إلى التفرد بها .

ذكر ذلك فى القاعدة التاسعة عشر بعد المائة .

قوله ﴿ وَإِنْ رَدُّوا ، فَقَالَ الخِرَقِيُّ : لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ المِائَتَيْنِ وَسُدُسُ العَبْدِ . وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالعَبْدِ : نِصْفُهُ ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : هو قول الخرقى ، ومعظم الأصحاب .

قال الزركشى : هو قول جمهور الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والزركشى ، وغيرهم .

قال المصنف : وعندى أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما فى حال الإجازة لصاحب الثلث : خمس المائتين ، وعشر العبد ، ونصف عشره . ولصاحب العبد ربعه وخمسه .

وهو تخريج فى المحرر .

قال فى القاعدة الخامسة عشر : وفى تخريج صاحب المحرر نظر — وذكره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ ، مَكَانَ الثُّلُثِ . فَرَدُّوا . فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ المِائَتَيْنِ وَسُدُسُ العَبْدِ . وَلِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُهُ ﴾

وهذا اختيار المصنف . وجزم به فى الوجيز .

فوافق المصنف هنا ، وخالفه فى التى قبلها . وهو غريب .

وقال أبو الخطاب : لصاحب النصف : خمس المائتين ، وخمس العبد . ولصاحب العبد : خمساه . وهو قياس قول الخرقى . وهو الصحيح .

قال الزركشى : وهو قول الجمهور .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلآخَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِثَالِثٍ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى المِائَةِ . فَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثُ ﴾

يعنى : الثلث الثانى .

﴿ عَنِ المِائَةِ بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ . وَقُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الآخَرَيْنِ عَلَى قَدْرِ وَصِيَّتِهِمَا . وَإِنْ زَادَ عَلَى المِائَةِ ، فَأَجَازَ الوَرَثَةُ : نَفَذَتِ الوَصِيَّةُ عَلَى مَا قَالَ المُوصِي . وَإِنْ رَدُّوا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ وَصِيَّتِهِ عِنْدِي ﴾ .

وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفائق .

وقال القاضى : ليس لصاحب التمام شىء ، حتى تكمل المائة لصاحبها . ثم يكون له مافضل عنها . ويجوز أن يزاحم به . ولا يعطى ، كولد الأب مع ولد الأبوين فى مزاحمة الجد .

قال الحارثى : الأصح ما قال القاضى ـ واختاره فى المحرر ـ إذا جاوز الثلث مائتين .

قال فى الفروع ، وقيل : إن جاوز المائتين فللموصَى له بالثلث : نصف وصيته له . وللموصَى له بالمائة : مائة . وللثالث : نصف الزائد .

وإن جاوز مائة : فللموصى له الأول : نصف وصيته ، وللموصى له الثانى : بقية الثلث مع معادلته بالثالث . انتهى .

وقال فى المحرر : وعندى تبطل وصية التمام ههنا . ويقتسم الآخران الثلث ، كأن لا وصية لغيرهما . كما إذا لم يجاوز الثلث مائةً .

وأطلقهما فى الشرح .

وقيل : إن جاوز الثلث مائتين : فللموصى له بثلث ماله : نصف وصيته ، ولصاحب المائة : مائة . وللثالث : نصف الزائد .

وأطلقهن فى الفروع .

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

قوله ﴿ إِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ . فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضْمُومًا إِلَى المَسْأَلَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وفى الفصول احتمال ، ولو لم يرثه ذلك الذى أوصى بمثل نصيبه ، لمانع به ، من رقٍ وغيره .

وقال فى الفائق : والمختار له مثل نصيب أحدهم غير مزاد . و يقسم الباقى .

فإذا وصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابنان . فله الثلث . على المذهب . وله النصف على ما اختاره فى الفائق . و يقسم النصف الباقى بين الابنين . وله قوة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنِهِ . فَكَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

يعنى له مثل نصيبه فى أحد الوجهين . وهو المذهب .

جزم به القاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى .

ومال إليه المصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

قال فى المذهب ، وغيره : صحت الوصية فى ظاهر المذهب .

قال الحارثى : هو الصحيح عندهم .

وفى الآخر : لاتصح الوصية .

وهو الذى ذكره القاضى .

قال الزركشي : قاله القاضي فى المجرد .

قال الحارثى : لكن رجع عنه .

فائدة : لو وصى له بمثل نصيب ولده ، وله ابن و بنت ، فله مثل نصيب البنت . نقله ابن الحكم ، واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، أَوْ بِضِعْفَيْهِ : فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ : فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ﴾ .

قال المصنف : هذا هو الصحيح عندى .

واختاره الشارح ، وصاحب الحاوى الصغير .

وقال أصحابنا : ضِعْفاه ثلاثة أمثاله ، وثلاثة أضعافه : أربعة أمثاله . كلما زاد ضعفا زاد مرة واحدة

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قوله ﴿وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ : فَلَهُ مِثْلُ مَالَهُ لَوْ كَانَتِ الوَصِيَّةُ وَهُوَ مَوْجُودٌ . فَإِذَا كَانَ الوُرَّاثُ أَرْبَعَةَ بَنِينَ . فَلِلْمُوصَى له السُّدُسُ ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الْخُمُسُ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى ، وعن بعض أصحابنا : إقامة الوصى مقام الابن المقدر . انتهى .

قوله ﴿وَلَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً ، فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ : فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمُسِ إِلَّا السُّدُسَ بَعْدَ الوَصِيَّةِ﴾ .

هكذا موجود فى النسخ المعروفة المشهورة .

ووجد فى نسخة مقروءة على المصنف ، وعليها خطه « لو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن خامس لو كان » .

قال الناظم : وفى بعض النسخ المقروءة على المصنف « وصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان » .

قال : فعلى هذا : يصح أنه وصى بالخمس إلا السدس .

قال فى الفروع : كذا قال .

وهو كما قال صاحب الفروع .

فإنه ـ على ماقاله الناظم فى النسخة المقروءة على المصنف ـ إنما يكون أوصى له بالخمس إلا السبع ، على ماقاله الأصحاب فى قواعدهم . فلذلك لم يرتضه صاحب الفروع منه .

واعلم أن النسخ المعروفة المعتمد عليها : ما قلناه أولا ، وعليها شرح الشارح وابن منجا .

لكن قوله « فقد أوصى بالخمس إلا السدس » مشكل على قواعد الأصحاب ، ومخالف لطريقتهم فى ذلك وأشباهه .

بل قياس ما ذكره الأصحاب فى هذه المسألة : أن يكون قد أوصى له بالسدس إلا السبع . فيكون له سهمٌ من اثنين وأربعين .

وكذا قال الحارثى ، وصاحب الفروع ، وغيرهما .

لكن فى الفروع « سهمان من اثنين وأربعين » وهو سبقة قلم . والله أعلم .

وأجاب الحارثى عن ذلك ، فقال : قولهم « أوصى بالخمس إلا السدس » صحيح . باعتبار أن له نصيب الخامس المقدر غير مضموم ، وأن النصيب هو المستثنى . وهو طريقة الشافعية . انتهى .

قلت : وهو موافق لما اختاره فى الفائق ، فيما إذا أوصى له بمثل نصيب وارث على ما تقدم .

قال فى الفروع : وما قاله الحارثى صحيح . يؤيده : أن فى نسخة مقروءة على الشيخ « أربعة أوصى بمثل نصيب أحدهم ، إلا بمثل نصيب ابن خامس ، لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس » .

قال : ويوافق هذا قول ابن رزين فى ابنين ، ووصى بمثل نصيب ابن ثالث

لو كان : له الربع . وإلا مثل نصيب رابع ، لو كان ، من واحد وعشرين . انتهى .

فكأن صاحب الفروع فسر النسخة الأولى المعتمدة المشكلة على طريقة الأصحاب بهذه النسخة .

والذى يظهر ـ بل هو كالصريح فى ذلك ـ : أن معناهما مختلف . وأن النسخة الأولى تابعَ فيها طريقة أصحاب الإمام الشافعى رحمه الله .

وهذه النسخة تبع فيها طريقة الأصحاب . ولعله فى النسخة الأولى اختار ذلك ، أو يكون ذلك مجرد متابعة لغيره . فلما ظهر له ذلك اعتمد على النسخة الموافقة لقواعد المذهب والأصحاب . وهو أولى .

فتلخص لنا : أن المصنف وجد له ثلاث نسخ مختلفة ، قرئت عليه .

إحداها : الأولى . وهى المشكلة على قواعد الأصحاب . ولذلك أجاب عنها الحارثى .

والثانية : ماذكرها الناظم . وتقدم ما فسرها به .

والتفسير أيضاً مشكل على قواعد الأصحاب . ولذلك رده فى الفروع .

وتقدم أن قواعد الأصحاب : تقتضى ـ على هذه النسخة ـ أنه أوصى بالخمس إلا السبع . وتفسيره موافق لطريقة أصحاب الإمام الشافعى ، وما اختاره فى الفائق .

والثالثة : فيها « أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن خامس » فهذه النسخة صحيحة على قياس طريقة الأصحاب . ويكون قد أوصى له بالخمس إلا السدس . وهو موافق لما فسر . وأولى من النسخ المعروفة . والله أعلم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ . فَفِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ﴾ .

وظاهر الهداية ، والمستوعب : إطلاقهن .

وأطلقهن فى المذهب ، وتجريد العناية .

إحداهن : له السدس بمنزلة سدس مفروض .

إن لم تكمل فروض المسألة ، أو كانوا عصبة : أعطى سدساً كاملا .

وإن كملت فروضها : أعيلت به ، وإن عالت : أعيل معها . وهو المذهب .

نقلها ابن منصور ، وحرب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وأصحابه ، كالشريف ، وأبى الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى وغيرهم .

وفسر الزركشى كلام الخرقى بذلك .

قال الحارثى : هذا أصح عند عامة الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهما .

وقدمه فى النظم ، والفروع ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وهو من المفردات . قال ناظمها :

من قال فى الإيصا : لزيد سهم فالسدس يعطى حيث كان القسم

والرواية الثانية : له سهم مما تصح منه المسألة ، ما لم يزد على السدس .

والرواية التى ذكرها الخرقى وغيره : ليس فيها « ما لم يزد على السدس » بل قالوا : يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة .

لكن قال القاضى : معناه ما لم يزد على السدس . فإن زاد عليه : أعطى السدس . ورد الحارثى ما قال القاضى .

قال فى الفروع : وعنه له سهم واحد ، مما تصح منه المسألة ، مضموماً إليها . اختاره الخرقى . انتهى .

قلت : ليس الأمر كما قال . فإن الخرقى قال : وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطى السدس .

وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى : يعطى سهما مما تصح منه الفريضة انتهى . فالظاهر : أنه سبقة قلم .

والرواية الثالثة : له مثل نصيب أقل الورثة مالم يزد على السدس .

واختار الخلال وصاحبه : له مثل نصيب أقل الورثة . سواء كان أقل من السدس أو أكثر .

قال فى الهداية ، فى تتمة الرواية : فإن زاد على السدس : أعطى السدس وهو قول الخلال ، وصاحبه . انتهى .

وقيل : يعطى سدساً كاملا .

أطلقه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب .

وأطلقه الخرقى ، وصاحب الروضة ، والمحرر ، وجماعة .

وهو كالصريح فى المنور ، فإنه قال : وإن وصى بسهم من ماله : أعطى سدسه

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : والذى يقتضيه القياس : أنه إن صح أن السهم فى لسان العرب : السدس . أو صح الحديث . وهو أنه ـ عليه أفضل الصلاة والسلام ـ « أعطى رجلا أوصى له بسهم من ماله السدس » فهو كما لو أوصى بسدس من ماله . وإلا فهو كما لو أوصى بجزء من ماله . على ما اختاره الإمام الشافعى ، وابن المنذر رحمهما الله تعالى : أن الورثة يعطوه ماشاءوا .

تنبيه : قول المصنف ، فى الرواية الثانية والثالثة « مالم يزد على السدس » .

قاله القاضى ، وجماعة من الأصحاب . منهم : المصنف .

وأطلق الباقون الروايتين . وقواه الحارثى .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ـ على الرواية الثانية ، والثالثة ـ له السدس ، وإن جاوزه الموصى به .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلآخَرَ بِنِصْفِهِ . فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلاثَةٍ ، إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا . وَالثُّلُثُ عَلَى ثَلاثَةٍ مَعَ الرَّدِّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى الترغيب : وجه فيمن أوصى بماله لوارثه ، ولآخر بثلثه ، وأجيز : فللأجنبى ثلثه . ومع الرد : هل الثلث بينهما على أربعة ، أو على ثلاثة ، أو هو للأجنبى ؟ فيه الخلاف .

قوله ﴿ فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ المَالِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ التُّسْعُ وَالْبَاقِى لِصَاحِبِ المَالِ ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والمحرر .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وفى الآخر : ليس له إلا ثلثا المال الذى كان له فى حال الإجازة لهما . و يبقى التسعان للورثة .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى الشرح ، والفائق ، والقواعد .

تنبيه : قوله ﴿ لَيْسَ لَهُ إِلاَّ ثُلُثَا المَالِ الَّتِى كَانَتْ لَهُ فِى حَالِ الإِجَازَةِ ﴾

كذا وجد بخط المصنف رحمه الله .

وكان الأصل أن يقول « إلا ثلثا المال اللتان كانتا له فى حال الإجازة » بتثنيه « التى » و بضمير التثنية فى « كان » لأن الصفة والضمير يشترط مطابقة كل واحد منهما لمن هو له . و إنما أفردا وأنثا : باعتبار المعنى ، أى : السهام الستة التى كانت له . نص على ذلك فى المطلع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ . فَلَهُ النِّصْفُ عَلَى الوَجْهِ ، الأَوَّلِ ﴾ وهو المذهب .

وعلى الوجه الثانى : له الثلث . ولصاحب المال : التسعان .

والوجهان الآتيان فى كلام المصنف ـ بعد هذا ـ مبنيان على الوجهين المتقدمين . وقد علمت المذهب منهما .

قوله ﴿ إِذَا اخلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ : فَفِيهَا وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : (لِصاحِبِ النَّصِيبِ ثُلُثُ المالِ عِندَ الإجازَةِ . وَعِنْدَ الرَّدِّ : يُقسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَ الوَصِيَّيْنِ نصفين) . وهو المذهب .

قال فى الهداية : هذا قياس المذهب عندى .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : (لِصَاحِبِ النَّصِيبِ : مِثْلُ مَايَحْصُلُ لابْنٍ ، وَهُوَ ثُلُثُ البَاقِى ، وَذَلِكَ التُّسْعَانِ عِندَ الإجازَةِ . وَعِنْدَ الرَّدِّ : يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ) .

وهو احتمال فى الهداية . وقدمه فى المستوعب .

قال الحارثى : وهذا أصح بلا مرية .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ المُوصَى بِهِ النِّصْفَ : خَرَجَ فِيهَا وَجْهٌ ثَالِثٌ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ فى حَالِ الإجَازَةِ ثُلُثُ الثُّلُثَيْنِ ، وَفِى الرَّدِّ يُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلاثَةَ عَشَرَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ تِسْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ النَّصِيبِ أَرْبَعَةٌ ﴾ والمذهب الأول .

قال الحارثى ، عن الوجه الثالث : وليس بالقوى . وأطلقهن فى الشرح .

والمسائل المفرعة بعد ذلك : مبنية على الخلاف هنا . وقد علمت المذهب هنا .

فائدة جليلة : قوله ﴿ وَإِنْ خَلَّفَ أُمًّا وَبِنْتًا وَأُخْتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ الأُمِّ وَسُبْعِ مَايَبْقَى ، وَلآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الأُخْتِ وَرُبْعِ مَايَبْقَى ، وَلآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ البِنْتِ وَثُلُثِ مَايَبْقَى ، فَقُلْ : مَسْأَلَةُ الوَرَثَةِ مِنْ سِتَّةٍ . وَهِىَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَ نِصْفِهِ ثَلاثَةً . ثُمَّ زِدْ مِثْلَ نَصِيبِ البِنْتِ : يَكُنِ اثْنَىْ عَشَرَ . فَهِىَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبُعُهُ . فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَ ثُلُثِهِ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ الأُخْتِ : صَارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ . وَهِىَ

بقيَّةُ مالٍ ذَهَبَ سُبُعُهُ . فَزِدْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ الأُمِّ : يَكُنْ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ » .

هذه الطريقة : تسمى « طريقة المنكوس » وهى غير مطردة .

ولنا فيها طريقة مطردة . ولم أرها مسطورة فى كلام الأصحاب . ولكن أفادنيها بعض مشايخنا .

وذلك أن نقول : انكسر معنا على ثلاثة ، وأربعة ، وسبعة .

وهذه الأعداد متباينة . فاضرب بعضها فى بعض : تبلغ أربعة وثمانين . ثلثها ثمانية وعشرون . وربعها أحد وعشرون . وسبعها اثنى عشرة . ومجموع ذلك أحد وستون . يبقى بعد ذلك ثلاثة وعشرون ، وهو النصيب . فاحفظه .

ثم تأتى إلى نصيب البنت ــ وهو ثلاثة ــ تلقى ثلثه ، وهو واحد . يبقى اثنان ، وتلقى من نصيب الأخت ربعه . وهو نصف سهم . يبقى سهم ونصف . وتلقى من نصيب الأم سبعه . وهو سبع سهم . يبقى ستة أسباع . فتجمع الباقى بعد الذى ألقيته من أنصباء الثلاثة ، يكون أربعة أسهم وسُبعين ونصف سبع . فتضيفها إلى المسألة ، وهى ست ، يكون المجموع عشرة أسهم وسبعين ونصف سبع . فاضرب ذلك فى الأربعة والثمانين التى حصلت من مخرج الكسور : يكون ثمانمائة وسبعين . ومنها تصح .

للموصى له بمثل نصيب الأم سهم من ستة ، مضروب فى النصيب . وهو ثلاثة وعشرون . يكون ذلك ثلاثة وعشرين سهما ، وله سبع الباقى من الثمانمائة والسبعين ، وهو مائة وأحد وعشرون . بلغ المجموع له مائة وأربعة وأربعين .

وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان من ستة ، مضروبان فى النصيب . تبلغ ستة وأربعين . وله ربع الباقى من الثمانمائة والسبعين . وقدره مائتان وستة . يكون المجموع له مائتين واثنين وخمسين .

وللموصى له بمثل نصيب البنت : ثلاثة ، مضروبة فى ثلاثة وعشرين . تبلغ

تسعة وستين . وله ثلث الباقى من الثمانمائة والسبعين ، وقدره مائتان وسبعة وستون . يكون المجموع له ثلاثمائة وستة وثلاثين .

فمجموع سهام الموصى لهم سبعمائة واثنان وثلاثون سهما . والباقى للورثة ، وقدره مائة وثمانية وثلاثون سهما .

للأم السدس من ذلك ، وقدره ثلاثة وعشرون سهما .

وللأخت الثلث ، وقدره ستة وأربعون سهما .

وللبنت النصف ، وقدره تسعة وستون سهما . والله أعلم .

وإن أردت أن تعطى الموصى له بمثل نصيب البنت وثلث مايبقى أولا ، أو الموصى له بمثل نصيب الأخت وربع مايبقى : فافعل كما قلنا ، يصح العمل معك . بخلاف طريقة المصنف . فإنها لا تعمل إلا على طريقة واحدة . وهى التى ذكرها فأحببت أن أذكر هذه الطريقة لتعرف ، وليقاس عليها ماشابهها لاطرادها . والله الموفق .

واستمرينا على هذه الطريقة مدة طويلة إلى سنة سبع وسبعين وثمانمائة . ثم سافرت إلى بيت المقدس للزيارة . وكان فيها رجل من الأفاضل المحررين فى الفرائض والوصايا . فسألته عن هذه المسألة ؟ فتردد فيها . وذكر لنا طريقة حسنة موافقة لقواعد الفرضيين .

وكنت قبل ذلك قد كتبت الأولى فى التنقيح ، كما فى الأصل .

فلما تحرر عندنا أن الطريقة التى قالها هذا الفاضل أولى وأصح : أضربنا عن هذه التى فى الأصل .

وأثبتنا هذه . وهى المعتمد عليها .

وقد تبين لى أن هذه الطريقة التى فى الأصل غير صحيحة . وإنما هى عمل ، لتصح قسمتها مطلقاً ، من غير نظر إلى ما يحصل لكل واحد .

وقد كتبت عليها ما يبين ضعفها من صحتها فى غير هذا الموضع ويعرف بالتأمل عند النظر . وأثبت هذه الطريقة . وضربت على الأولى التى فى الأصل هنا . فليحرر

باب الموصى اليه

فائدة : الدخول فى الوصية للقوى عليها : قربة .

وقال فى المغنى : قياس مذهبه أن ترك الدخول أولى . انتهى .

قلت : وهو الصواب ، لاسيما فى هذه الأزمنة .

تنبيه : شمل قوله ﴿ تَصِحُّ وَصِيَّةُ المسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ عَدْلٍ ﴾ .

العدل العاجز إذا كان أميناً . وهو صحيح . وهو المذهب .

قطع به أكثر الأصحاب . وحكاه المصنف ، والشارح إجماعاً .

لكن قيده صاحب الرعاية بطريان العجز . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الترغيب : لا تصح . واختار ابن عقيل إبداله .

وقال فى الكافى : للحاكم إبداله .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ﴾ .

تصح الوصية إلى العبد ، لكن لايقبل إلا بإذن سيده .

ذكره القاضى فى التعليق ، ومن بعده .

وتصح إلى عبد نفسه . قاله ابن حامد .

وتابعه فى الكافى ، والرعايتين ، والفائق ، وغيرهم .

وقطع به الزركشى وغيره .

قال فى القواعد الأصولية : هذا مذهبنا .

قال فى الفروع : تصح الوصية إلى رشيد عدل ، ولو رقيق .

قال القاضى : قياس المذهب يقتضى ذلك .

تنبيهان

الأول : يحتمل أن يكون مراد المصنف بالعدل : العدل مطلقا . فيشمل مستور الحال . وهو المذهب .

ويحتمل أن يريد العدل ظاهراً وباطنا . وهو قول فى المذهب .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : عدم صحة وصية المسلم إلى كافر . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر المجد فى شرحه : أن القاضى ذكر فى تعليقه مايدل على أنه اختار صحة الوصية . نقله الحارثى .

قوله ﴿ أَوْ مُرَاهِقًا ﴾ .

قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراهق . وهو إحدى الروايتين .

قال القاضى : قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، ومنتخب الأدمى .

قال فى القواعد الأصولية : قال هذا كثير من الأصحاب .

قال الحارثى : هو قول أكثر الأصحاب .

وعنه : لاتصح إليه حتى يبلغ . وهو المذهب .

اختاره المصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم .

قال فى الوجيز : مكلف .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق . وغيرهم .

وجزم به فى المنور ، وغيره . وأطلقهما الزركشى .

قال فى الكافى : وفى الوصية إلى الصبى العاقل وجهان .

تنبيه : ظاهر تقييد المصنف بالمراهق : أنها لاتصح إلى مميز قبل أن يراهق . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، وغيرها .

وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعاية ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : تصح . قاله كثير من الأصحاب .

قال القاضى : هذا قياس المذهب كما تقدم .

ويأتى : هل يصح أن يوصى إليه عند بلوغه قبل أن يبلغ ؟ وهو الوصى المنتظر

فائدتان

إحداهما : لاتصح الوصية إلى السفيه . على الصحيح من المذهب . وعنه : تصح

الثانية : لانظر لحاكم مع وصى خاص إذا كان كفؤاً فى ذلك .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن أوصى إليه بإخراج حجة ـ : أن ولاية إخراجها والتعيين للناظر الخاص إجماعاً . و إنما للولى العام الاعتراض ، لعدم أهليته ، أو فعله محرما .

قال فى الفروع : فظاهره لانظرَ ولا ضَمَّ مع وصى متهم . وهو ظاهر كلام جماعة .

وتقدم كلامه فى ناظر الوقف ، فى كتاب الوقف .

ونقل ابن منصور : إذا كان الوصى متهماً لم تُخرج من يده ، و يجعل معه آخر

ونقل يوسف بن موسى : إن كان الوصى متهماً ضم إليه رجل يرضاه أهل الوقف ، يعلم ماجرى . ولا تنزع الوصية منه .

ثم إن ضمه بأجرة من الوصية : توجه جوازه . ومن الوصى : فيه نظر ، بخلاف ضمه مع فاسق . قاله فى الفروع .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ إلَي غَيْرِهِمْ ﴾ .

قدم المصنف هنا : أنها لاتصح إلى فاسق . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم : القاضى ، وعامة أصحابه . منهم : الشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ،

والشيرازى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وابن البنا ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والخلاصة ، والنظم .

ونصره المصنف ، والشارح .

وعنه : تصح إلى الفاسق . ويضم إليه الحاكم أميناً .

قاله الخرقى ، وابن أبى موسى .

وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وهذا من غير الغالب الذى قدمه فى الفروع .

قال القاضى : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية .

وقيل : تصح إلى الفاسق إذا طرأ عليه . ويضم إليه أمين .

اختاره جماعة من الأصحاب .

وعنه : تصح إليه من غير ضم أمين . حكاها أبو الخطاب فى خلافه .

قلت : وهو بعيد جداً .

قال فى الخلاصة : ويشترط فى الوصى العدالة .

وعنه : يضم إلى الفاسق أمين .

ويأتى : هل تصح الوصية إلى الكافر فى آخر الباب ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانُوا عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصِّفَاتِ ، ثُمَّ وُجِدَتْ عِنْدَ الْمَوْتِ : فَهَلْ تَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والزركشى ، والقواعد الفقهية .

اعلم أن فى هذه المسألة أوجهاً .

أحدها : يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية والموت ، وما بينهما .

وهو احتمال فى الرعاية ، و قول فى الفروع ، ووجه للقاضى فى المجرد .

والثانى : يكفى وجودها عند الموت فقط . وهو أحد وجهى المصنف .

صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

والثالث : يعتبر وجودها عند الموت والوصية فقط . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام ابن عبدوس فى تذكرته .

ونصره المصنف ، والشارح .

وقدمه فى النظم ، والفروع .

و يحتمله الوجه الثانى للمصنف .

والرابع : يكفى وجودها عند الوصية فقط . وهو احتمال فى الرعاية ، وتخريج فى الفائق .

وهو ظاهر ماقدمه فى تجريد العناية . و يضم إليه أمين .

قال فى الرعاية : ومن كان أهلا عند موت الموصِى ، لاعند الوصية إليه : فوجهان . ومن كان أهلا عند الوصية إليه ، فزالت عند موت الموصى : بطلت .

قلت : و يحتمل أن يضم إليه أمين .

فإن كان أهلا عند الوصية . ثم زالت ، ثم عادت عند الموت : صحت .

وفيها احتمال ، كما لو زالت بعد الموت ثم عادت . انتهى .

قوله ﴿ وَإذَا أَوْصَي إلَى وَاحِدٍ ، وَبَعْدَهُ إلَى آخرَ . فَهُمَا وَصِيَّتَانِ ﴾

نص عليه .

﴿ إلاَّ أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخرَجْتُ الأَوَّلَ ﴾

نص عليه .

﴿ وَلَيْسَ لأَحَدِهِما الانْفِرَادُ بالتَّصرُّفِ ، إلاَّ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾ .

نص عليه . وذكر الحارثى مايدل على رواية بالجواز .

وتقدم الكلام فيما إذا جعل النظر فى الوقف لاثنين ، أو كان لهما بأصل الاستحقاق ، فى كتاب الوقف ، بعد قوله « ويرجع إلى شرط الواقف » وهذا يشبه ذلك .

فائدة لو وصى إلى اثنين فى التصرف وأريد اجتماعهما على ذلك .

قال الحارثى : من الفقهاء من قال : ليس المراد من الاجتماع تلفظهما بصيغ العقود . بل المراد : صدوره عن رأيهما . ثم لافرق بين أن يباشر أحدهما ، أو الغير بإذنهما ، ولم يخالف الحارثى هذا القائل .

قلت : وهو الظاهر . وأنه يكفى إذنُ أحدهما الوكيلَ فى صدور العقد مع حضور الآخر ، ورضاه بذلك .

ولا يشترط توكيل الاثنين . كما هو ظاهر كلامه الأول .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُما : أَقامَ الحَاكِمُ مَقامَهُ أَمِينًا ﴾ .

وكذا لو وجد مايوجب عزله . بلا نزاع .

قال المصنف : أو غاب . لكن لو ماتا ، أو وجد منهما مايوجب عزلهما ، ففى الاكتفاء بواحد : وجهان .

وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الصغير . والزركشى .

قال فى الفائق : ولو ماتا جاز إقامة واحد . فى أصح الروايتين .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن وجد منهما مايوجب عزلهما : جاز أن يقيم الحاكم بدلهما واحداً فى الأصح .

وقال فى الرعاية الصغرى : وإن ماتا جاز أن يقيم الحاكم واحداً فى الأصح .

قال ابن رزين فى شرحه : فإن تغير حالهما فله نصب واحد .

وقيل : لا ينصب إلا اثنين .

تنبيه : هذه الأحكام المتقدمة : إذا لم يجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً .

فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ـ كما صرح به المصنف ـ فمات أحدهما ، أو خرج من أهلية الوصية : لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه ، إلا أن يعجز عن التصرف وحده .

وإن ماتا معاً ، أو خرجا من الوصية : فللحاكم أن يقيم واحداً .

ولو حدث عجز لضعف ، أو علة ، أو كثرة عمل ونحوه ، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفرداً : ضم أمين . جزم به فى المغنى ، والشرح .

قال ابن رزين : ضم إليه أمين . ولم ينعزل إجماعاً .

وقيل : له ذلك . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ ﴾ .

يعنى أقام الحاكم مقامه أميناً وينعزل .

فشمل كلام المصنف صورتين :

إحداهما : أن يكون وصياً منفرداً .

الثانية : أن يكون مضافا إلى وصى آخر .

واعلم أن هـذا مبنى على الصحيح من المذهب ، من أن الفاسق لا تصح الوصية إليه . وينعزل إذا طرأ عليه الفسق ، كما تقدم التنبيه عليه .

وعنه : يضم إليه أمين .

قدمه فى الفروع ، والفائق . كما تقدم .

وقيل : يضم إليه هنا أمين ، وإن أبطلنا الوصية إلى الفاسق لطريانه .

اختاره جماعة من الأصحاب . كما تقدم .

فوائد

لو وصى إليه ـ قبل أن يبلغ ـ ليكون وصياً بعد بلوغه ، أو حتى يحضر فلان ، أو إن مات فلان ، ففلان وصى : صح . ويصير الثانى وصياً عند الشرط . ذكره الأصحاب . ويسمى « الوصى المنتظر » .

قال فى المستوعب : لو أوصى إلى المرشد من أولاده عند بلوغه ، فإن الوصية تصح . و يسمى « الوصى المنتظر » انتهى .

وكذا لو قال : أوصيت إليه سنة ، ثم إلى فلان . للخبر الصحيح « أميركم زيد فإن قتل : فجعفر . فإن قتل : فعبد الله بن رواحة » والوصية كالتأمير .

قال فى الفروع : ويتوجه : لا .

يعنى ليست الوصية كالتأمير . لأن الوصية استنابة بعد الموت . فهى كالوكالة فى الحياة .

ولهذا : هل للوصى أن يوصى ، و يعزل من وصى إليه ؟ .

ولا تصح إلا فى معلوم . وللوصى عزله ، وغير ذلك ، كالوكيل .

فلهذا لا يعارض ذلك ماذكره القاضى وجماعة من الأصحاب ، إذا قال الخليفة : الإمام بعدى فلان . فإن مات ففلان فى حياتى . أو إذا تغير حاله : فالخليفة فلان : صح .

وكذا فى الثالث والرابع .

و إن قال : فلان ولى عهدى . فإن وَلِىَ ثم مات ، ففلان بعده : لم يصح للثانى .

وعللوه بأنه إذا ولى ، وصار إماماً : حصل التصرف ، و بقى النظر والاختيار إليه . فكان العهد إليه فيمن يراه .

وفى التى قبلها : جعل العهد إلى غيره عند موته ، أو تغير صفاته فى الحالة التى لم يثبت للمعهود إليه إمامة .

قال فى الفروع : وظاهر هذا : أنه لو علق ولى الأمر ولاية حكم أو وظيفة بشرط شغورها ، أو بشرط ، فوجد الشرط بعد موت ولى الأمر والقيام مقامه : أن ولايته تبطل . وأن النظر والاختيار لمن يقوم مقامه .

يؤيده : أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة فى مسائل . وأنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط : بطل بموته .

قالوا : لزوال ملكه . فتبطل تصرفاته .

قال فى المغنى وغيره : ولأن إطلاق الشرط يقتضى الحياة . انتهى كلام صاحب الفروع .

وظاهر كلامه : صحة ولاية الحكم والوظائف بشرط شغورها ، أو بشرط إذا وجد ذلك قبل موت ولى الأمر . وهو ظاهر كلامه .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ قَبُولَهُ لِلْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَ مَوْتِهِ ﴾ .

بلا نزاع . وتقدم صفة الإيجاب والقبول .

قوله ﴿ وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى القاعدة الستين : أطلق كثير من الأصحاب : أن له الرد بعد القبول فى حياة الموصى وبعده .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، ونصره .

وقيل : له ذلك إن وجد حاكم ، وإلا فلا . ونقله الأثرم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم .

وعنه : ليس له ذلك بعد موته بحال ولا قبله ، إذا لم يعلمه بذلك .

وعنه : ليس له ذلك بعد موته . ذكرها ابن أبى موسى . قاله فى الفروع .

قال فى القواعد : وحكى ابن أبى موسى رواية : ليس له الرد بحال إذا قبلها .

ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت .

وحكاهما القاضى فى خلافه صريحاً فى الحالين .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلاَّ أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال الشارح : وهو الظاهر من قول الخرقى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى الفائق ، وغيره .

قال الحارثى : هذا أشهر الروايتين .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب ، وهو أصح . انتهى .

قال فى القواعد الأصولية : أشهرهما عدم الجواز .

قال الحارثى : لو غلب على الظن أن القاضى يسند إلى من ليس أهلا ، أو أنه ظالم : اتجه جواز الإيصاء . قولا واحداً . بل يجب . لما فيه من حفظ الأمانة ، وصون المال عن التلف ، والضياع . انتهى .

وعنه : له ذلك . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

ويكون الثانى وصياً لهما . قاله جماعة . منهم صاحب المستوعب .

قال الحارثى : وهو مشكل .

وقال القاضى : يكون الثانى وصياً عن الأول . فلو طرأ للأول ما يخرجه عن الأهلية : انعزل الثانى . لأنه فرعه .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والقواعد فى القاعدة التاسعة والستين .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن أطلق فروايتان .

وقيل : فيما يتولاه مثله .

وقال فى الرعاية الصغرى : وإن أطلق فروايتان فيما يتولاه مثله .

فاختلف نقله فى محل الروايتين .

ويأتى فى أركان النكاح « هل للوصى فى النكاح أن يوصى به ؟ »

فائدة : إن نهاه الموصى عن الإيصاء : لم يكن له أن يوصى . وله أن يوصى إلى غيره بإذنه فيما وصاه به . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ليس له ذلك .

وقيل : إن أذن له فى الوصية إلى شخص معين : جاز ، وإلا فلا .

وأما جواز توكيل الوصى : فقد تقدم فى كلام المصنف فى باب الوكالة .

تنبيه : شمل قوله ﴿ وَلاَ تَصِحّ الوَصِيَّةُ إلاَّ فِى مَعْلُومٍ يَمْلِكُ المُوصِى فِعْلَهُ ﴾ .

الإيصاء بتزويج موليته ، ولو كانت صغيرة . وهو صحيح . وله إجبارها ، كالأب على الصحيح من المذهب .

وذلك على مايأتى فى كلام المصنف فى باب أركان النكاح ، والخلاف فيه .

قال المجد فى شرحه ـ بعد ذكر الخلاف فى الوصية بالنكاح ـ وعلى هذا : تصح الوصية بالخلافة من الإمام . وبه قال الإمام الشافعى رحمه الله .

قلت : وقطع به الحارثى ، وغيره .

تنبيه آخر : ظاهر قوله ﴿ وَالنَّظَرِ فِى أَمْرِ الأَطْفَالِ ﴾ .

أنه لايصح أن يجعله وصياً على البالغ الرشيد من أولاده وغيرهم من الوراث وهو صحيح .

وكذا لايصح الإيصاء إليه باستيفاء دينه مع بلوغ الوارث رشده ، ولو مع غيبته .

ومفهوم قوله « يملك الموصى فعله » أنه لايصح الإيصاء بما لايملك فعله . وهو صحيح .

فلا تصح وصية المرأة بالنظر فى حق أولادها الأصاغر ونحو ذلك .

قاله فى الوجيز، وغيره .

قوله ﴿ وَإِذَا أَوْصَى بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ ، فَأَبَى الوَرَثَةُ إِخْرَاجَ ثُلُثِ مَا فِى أَيْدِيهِمْ ﴾

وكذا لو جحدوا مافى أيديهم .

﴿ أَخْرَجَهُ كُلَّهُ مِمَّا فِى يَدِهِ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن رزين .

وعنه : يخرج ثلث ما فى يده ، ويحبس باقيه ، ليخرجوا ثلث مامعهم .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم .

وذكر أبو بكر فى التنبيه : أنه لايحبس الباقى . بل يسلمه إليهم ، ويطالبهم بثلث ما فى أيديهم . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهن فى الفروع .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : ويمكن حمل الروايتين الأولتين على اختلاف حالين . فالأولى : محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً . والثانية : محمولة على ما إذا كان المال أجناساً . فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس .

وقال فى الرعاية ، وقيل : إن كانت التركة جنساً واحداً : أخرج الثلث كله مما معه . وإلا أخرج ثلثه فقط .

فائدة : لو ظهر دين يستغرق التركة ، أو جهل موصًى له . فتصدق بجميع الثلث هو أو حاكم ، ثم ثبت ذلك : لم يضمن . على الصحيح من المذهب .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : بل يرجع به لوفاء الدين . وعنه يضمن .

قوله ﴿ وَإنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ مُعَيَّنٍ ، فَأَبَى ذَلِكَ الوَرَثَة : قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ ﴾ .

يعنى إذا جحدوا الدين وتعذر ثبوته ، أو أبوا الدفع . وهذا المذهب .

جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

وعنه : لايقضيه بغير علمهم إلا ببينة .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق .

وقال فى الرعاية وغيره : وعنه يقضيه إن أذن له فيه حاكم .

قال فى المستوعب ، والهداية : اختاره أبو بكر .

وعنه ـ فيمن عليه دين لميت ، وعلى الميت دين ـ أنه يقضى دين الميت إن لم يخف تبعة .

وهذه الرواية عامة فى الموصى إليه وغيره .

فإن كان الذى عليه الدين غير الموصى إليه ، و يعلم أن الميت الذى له الدين عليه دين لآخر ، وجحده الورثة ، فقضاه مما عليه : ففيه ثلاث روايات .

إحداهن : هذه . أعنى يقضيه إن لم يخف تبعة .

والثانية : لايقيضه ، ولا يبرأ بذلك . قدمه ابن رزين فى شرحه .

والثالثة : يبرأ بالدافع بالقضاء باطناً .

ووَهَّى هذه الرواية الناظم .

وأطلقهن فى الفائق . وأطلق الأخيرتين فى الفروع .

وقدم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : جواز قضائه مطلقاً فى الباطن .

فائدة : لو أقام الذى له الحق بينة شهدت بحقه ، فهل يلزم الموصى إليه الدفع إليه بلا حضور حاكم ؟ فيه روايتان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفائق ، والنظم ، والفروع .

لـكن جعلهما فى المغنى ، والشرح : فى جواز الدفع ، لافى لزوم الدفع .

قال ابن أبى المجد فى مصنفه : لزمه قضاؤه بدون حضور حا كم . على الأصح .

وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدة : يجوز لمن عليـه دين لميت : أن يدفع إلى من أوصى له به إذا كان معيناً . و إن شاء دفعه إلى وصى الميت ، ليدفعه إلى الموصى له به . وهو أولى .

فإن لم يوص به ، ولا بقبضه عيناً : لم يبرأ إلا بدفعه إلى الموصى إليه والوارث معاً

وقيل : أو الموصى إليه بقبض حقوقه .

وهو احتمال فى الرعاية .

و إن صرف أجنبى الموصى به لمعين ـ وقيل : أو لغيره ـ فى جهته : لم يضمنه .

و إن وصاه بإعطاء مدع ديناً بيمينه : نَفَّذَه من رأس ماله . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ونقل ابن هانىء ببينة . ونقله عبد الله .

ونقل عبد الله أيضاً : يقبل مع صدق المدعى .

تنبيه : قوله ﴿ وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الـكَافِرِ إِلَى مُسْلِمٍ ﴾ .

بلا نزاع . لـكن بشرط أن لا يكون فى تركته خمر ولاخنزير .

قوله ﴿ وَإِلَى مَنْ كَانَ عَدْلاً فِى دِينِهِ ﴾ .

يعنى أن وصية الـكافر إلى كافر تصح إذا كان عدلا فى دينه . وهو المذهب جزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه ابن منجا فى شرحه ، وابن رزين فى شرحه .

قال الحارثى : الأظهر الصحة . واختاره القاضى .

قال المجد : وجدته بخطه . وقيل : لاتصح .

قال فى المستوعب : ولا تصح الوصية إلى كافر .

قال فى المذهب : ولا تصح إلا إلى مسلم .

وكذا هو ظاهر كلامه فى الهداية .

وأطلقهما فى الفصول ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وظاهر كلام المجد وجماعة : أنه لو كان غير عدل فى دينه : أن فيه الخلاف الذى فى المسلم .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ : ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ ، أَوْ أَعْطِهِ مَنْ شِئْتَ : لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ ، وَلاَ دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وقال : اختاره الأكثرون فى الولد .

ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له .

ويحتمل جواز ذلك مع القرينة فقط .

واختار المصنف والمجد جواز دفعه إلى ولده .

قال الحارثى : وهو المذهب .

والصحيح من المذهب : أنه لا يجوز .

قال فى المحرر : ومنعه أصحابنا .

تنبيه : مفهوم قوله « لم يجز له أخذه ، ولا دفعه إلى ولده » جواز أخذ والده وأقاربه الوارثين ، سواء كانوا أغنياء أو فقراء . وهذا اختيار المصنف ، والمجد .

قال الحارثى : وهو المذهب .

والصحيح من المذهب : أنه لايجوز دفعه إليهم . نص عليه ، كولده . وقدمه فى الفروع .

واختار جماعة من الأصحاب : أنه لايجوز دفعه إلى ابنه فقط .

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه لايعطى الولد ولا الوالد . منهم صاحب النظم .

وذكر ابن رزين فى منع من يمونه وجها .

فائدة : قال فى الفائق : وليس له دفعه إلى ورثة الموصى . ذكره المجد فى شرح الهداية .

ونص عليه فى رواية أبى الصقر ، وأبى داود . وقاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ دعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِ بَعْضِ العَقَارِ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ أَوْ حَاجَةِ الصِّغَارِ ـ وَفِى بَيْعِ بَعْضِهِ نقصٌ ـ فَلَهُ البَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصِّغَارِ ﴾ .

يعنى : إذا امتنع الكبار من البيع ، أو كانوا غائبين .

وهذا المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح الحارثى .

قال فى الفائق : والمنصوص الإجبار على بيع غير قابلٍ للقسمة إذا حصل بيع بعضه نقص ، ولو كان الكل كباراً ، وامتنع البعض .

نص عليه فى رواية الميمونى . وذكره فى الشافى .

واختاره شيخنا . لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك ، لا بقيمة النصف . انتهى كلام صاحب الفائق .

ويحتمل : أنه ليس له البيع على الكبار . وهو أقيس .

فاختاره المصنف ، والشارح .

قلت : وهو الصواب . لأنه لايزال الضرر بالضرر .

وقيل : يبيع بقدر حصة الصغار ، وقدر الدين والوصية ، إن كانت .

وقال فى الرعاية ، قلت : إن قلنا التركة لاتنتقل إليهم مع الدين : جاز بيعه للدين والوصية .

فائدتان

إحداهما : لو كان الكل كباراً ، وعلى الميت دين ، أو وصية : باعه الموصى إليه إذا أبوا بيعه . وكذا لو امتنع البعض . نص عليه فى رواية الميمونى .

وتقدم ذلك فى كلام صاحب الفائق .

الثانية : لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه ، ولا وصى : جاز لمسلم ممن حضره : أن يحوز تركته ، ويعمل الأصلح فيها من بيع وغيره .

على الصحيح من المذهب ، وعليه الأكثر .

وقيل : لا يبيع الإماء . ذكره فى الفروع .

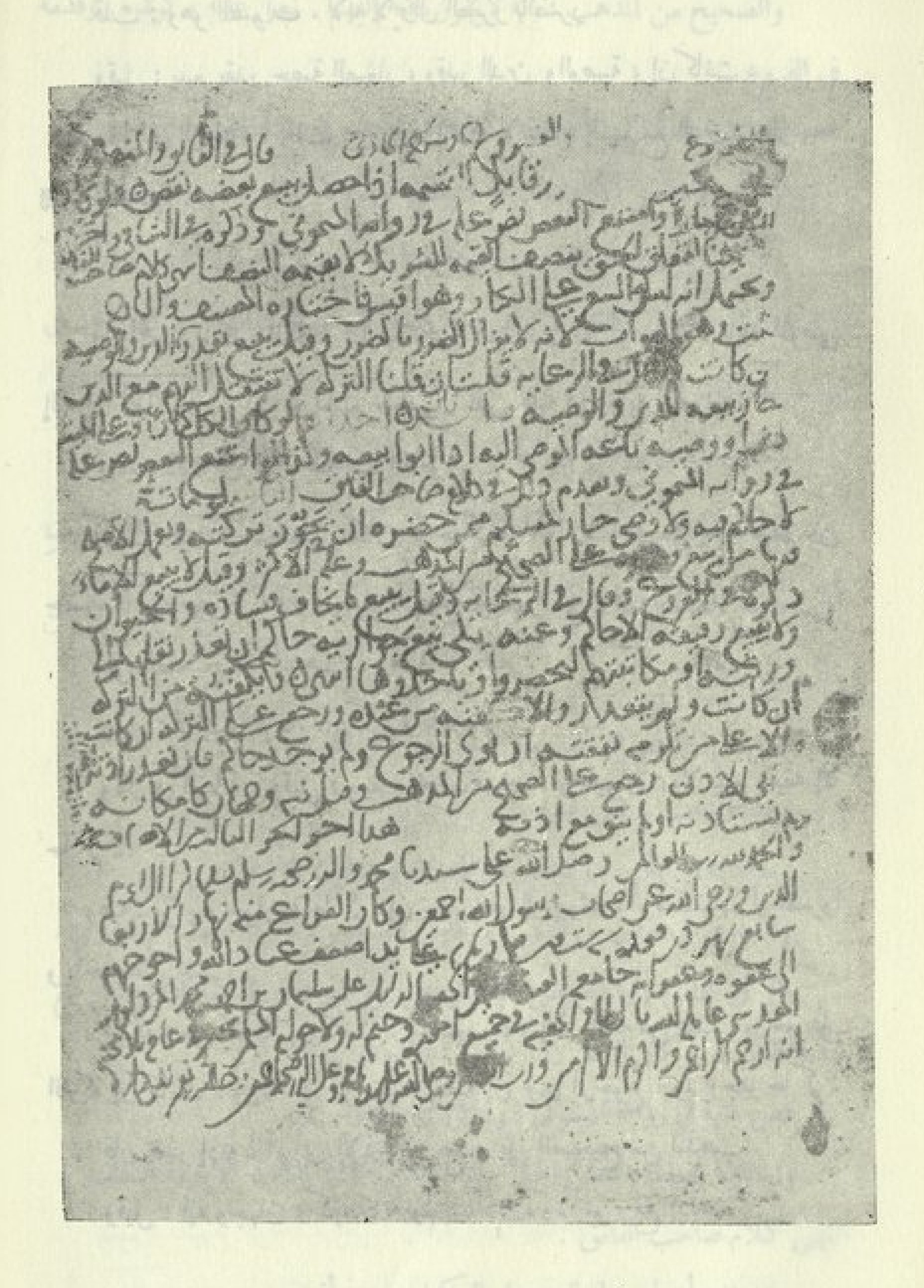
وقال فى الرعاية ، وقيل : يبيع مايخاف فساده ، والحيوان . ولا يبيع رقيقه إلا حاكم .

وعنه : يلى بيع جواريه حاكم ، إن تعذر نقلها إلى ورثته ، أو مكاتبتهم ليحضروا ويأخذوها . انتهى .

ويكفنه من التركة إن كانت . ولم تتعذر ، وإلا كفنه من عنده . ورجع على التركة إن كانت . وإلا على من تلزمه نفقته إن نوى الرجوع ، ولم يوجد حاكم .

فإن تعذر إذنه ، أو أبى الإذن : رجع ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : فيه وجهان ، كإمكانه ولم يستأذنه ، ولم ينو ، مع إذنه .



الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث الذى بخط المصنف
وبها انتهى القسم الذى كان بخط المصنف

كتاب الفرائض

فائدة : « الفرائض » جمع فريضة . وهى فى الأصل اسم مصدر ، والاسم « الفريضة » وتسمى قسمة المواريث : فرائض .

قال المصنف هنا « وهى قسمة المواريث » .

وقال فى الكافى ، والزركشى : هى العلم بقسمة المواريث .

فيحتمل أن يكون فى كلام المصنف هنا حذف ، ليوافق ما فى الكافى .

وقال فى الرعاية الكبرى : هى معرفة الورثة وسهامهم ، وقسمة التركة بينهم .

وقال فى الصغرى : هى قسمة الإرث .

وقلت : معرفة الورثة وحقوقهم من التركة .

قوله ﴿ وَأَسْبَابُ التَّوَارُثِ ثَلَاثَةٌ : رَحِمٌ ، وَنِكَاحٌ ، وَوَلَاءٌ ﴾ .

فـ « الرحم » القرابة . و « النكاح » عقده . وإن عرى عن الوطء . « والولاء » نعمة السيد على رقيقه بعتقه ، فيصير بذلك وارثاً موروثاً .

قال فى الرعاية : وأسباب الإرث : نسب خاص ، ونكاح خاص ، وولاء عتق خاص ، ونحوه . انتهى .

والصحيح من المذهب : أن أسباب التوارث : ثلاثة لا غير ، وأنه لا يرث ولا يورث بغيرهم . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه (أَنَّهُ يَثْبُتُ بِالْمُوَالَاةِ وَالْمُعَاقَدَةِ ، وَإِسْلَامِهِ عَلَى يَدِهِ ، وَكَوْنِهِمَا مِنْ أَهْلِ الدِّيوَانِ . وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ) .

زاد الشيخ تقي الدين رحمه الله فى الرواية : والتقاط الطفل .

واختار : أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء .

واختاره فى الفائق أيضاً .

وقيل : يرث عبد سيده عند عدم الوارث .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى السياسة الشرعية : وورّث بعض أصحابنا المولى من أسفل من معتقه .

ونقل ابن الحكم : أن الإمام أحمد رحمه الله ، سئل عن ذلك ؟ فقال : لا أدرى .

ويأتى فى أول « باب المعتق بعضه » رواية بإرث العبد من قريبه ، عند عدم الوارث . وقول بإرث المكاتب من عتيقه فى صورة .

فائدة « الموالاة » هى المؤاخاة . و « المعاقدة » هى المحالفة .

قوله ﴿ وَالوَارِثُ ثَلاثَةٌ : ذَوُو فَرْضٍ وَعَصَبَاتٍ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَذَوُو رَحِمٍ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يرث ذوو الأرحام . ويأتى ذلك فى بابه .

باب ميراث ذوى الفروض

فائدتان

إحداهما : قوله ـ فى عددهم ـ ﴿ وَالأَخُ مِنَ الأُمِّ ﴾ .

قال فى الوجيز ، والفروع : وقد يُعَصِّب أخته من غير أبيه بموت أمه عنهما .

قلت : فى هـذا نظر ظاهر . فإن الأم إذا ماتت عنهما : لا يرثان منها ، إلا بكونهما أولاداً ، لا بكون أحدهما أخ الآخر لأمه .

غايته أنهما : أخ وأخت . كل واحد منهما من أب ، والإرث من الأم ، وهى واحدة . والتعصيب : إنما حصل لـكونهم أولاداً ، لا لـكونهم إخوة لأم .

فعلى ماقالا : يعايى بها .

الثانية : قوله ﴿ وَلِلزَّوْجِ الرُّبعُ إذا كانَ لهَا وَلَدٌ ، أَوْ وَلَدُ ابنٍ . وَالنِّصْفُ مَعَ عَدَمِهِمَا . وَ لِلمرْأَةِ الثُّمنُ إذا كَانَ لهَا وَلَدٌ ، أَوْ وَلَدُ ابنٍ . وَالرُّبعُ مَعَ عَدَمِهِمَا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . ولـكن يشترط أن يكون النكاح صحيحاً .

فلو كان فاسداً : فلا توارث بينهما ، على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية المروذى ، وجعفر بن محمد . وتوقف فى رواية ابن منصور .

وأما إذا كان باطلا : فلا توارث . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلِلْجَدِّ حَالٌ رَابعٌ . وَهُوَ مَعَ الإخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مِنَ الأَبوَيْنِ أَوْ لأَبٍ : فإنَّهُ يُقَاسِمُهُمْ كَأَخٍ ﴾ .

هذا مبنى على الصحيح من المذهب ، من أن الجد لا يسقط الإخوة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وعليه التفريع .

وعنه : يسقط الجد الإخوة . اختاره ابن بطة .

قاله فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة ، وأبو حفص البرمكى ، والآجرى ، وذكره ابن الجوزى عن أبى حفص العكبرى أيضاً ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وحديث : « أفرضكم زيد » ضعفه الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال ابن الجوزى : الآجرى من أعيان أصحابنا .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الفَرْضِ إِلاَّ السُّدُسُ : فَهُوَ لَهُ . وَسَقَطَ مَنْ مَعَهُ مِنْهُمْ ، إِلاَّ فِى الأَكْدَرِيَّةِ ﴾ .

تستحق الأخت فى الأكدرية : جزءاً من التركة ، وقدره أربعة أسهم من سبعة وعشرين . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لا ترث الأخت مع الجد فيها . فتسقط ، كما لو كان مكانها أخ .

فائدة : سميت « أكدرية » لتكديرها أصول زيد — رضى الله عنه — فى الجد ، فى الأشهر عنه .

وقيل : إن عبدالملك بن مروان : سأل عنها رجلا اسمه « الأكدر » فنسبت إليه

وقيل : سميت أكدرية باسم السائل عنها .

وقيل : لأن الميتة كان اسمها أكدرة .

وقيل : لأن زيداً — رضى الله عنه — كدَّر على الأخت ميراثها .

وقيل : لتكدر أقوال الصحابة — رضى الله عنهم — فيها ، وكثرة اختلافهم .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا زَوْجٌ : سُمِّيتِ الخَرْقَاء ، لِكَثْرَةِ اخْتِلاَفِ الصَّحَابَةِ فِيهَا ﴾ .

فكأن أقوالهم : خرقتها .

وجملة الأقوال فيها : سبعة . ولهـذا تسمى المسبَّعة ، وترجع إلى ستة . ولهذا تسمى المسدسة .

واختلف فيها خمسة من الصحابة : عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، وزيد ، وابن عباس ، رضى الله عنهم ، على خمسة أقوال . ولهذا تسمى المخمسة .

وتسمى المربعة . لأن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جعل للأخت النصف . والباقى بين الجد والأم نصفان . وتصح من أربعة .

وتسمى المثلثة ، والعثمانية أيضاً . لأن عثمان رضى الله عنه قسمها على ثلاثة .

وتسمى أيضاً : الشعبية ، والحجاجية . لأن الحجاج سأل عنها الشعبي امتحاناً . فأصاب . فعفا عنه .

فائدة : لو عدم الجد من الأكدرية : سميت «المباهلة» لأن ابن عباس رضى الله عنه لما سئل عنها لم يعلها . وقال « من شاء باهلته » فسميت « المباهلة » لذلك .

وتأتى قصتها فى أول باب أصول المسائل .

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأُخْتٌ مِنْ أَب . فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ . لِلْجَدِّ سَهْمَان . وَلِـكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ . ثُمَّ رَجعَتِ الأُخْتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، فَأَخَذَتْ مَا فِي يَدِ أُخْتِهَا كُلَّهُ ﴾ .

فيعايى بها .

فيقال : امرأة حبلى جاءت إلى قوم . فقالت للورثة : لاتعجلوا ، إن ألد أنثى : لم ترث . وإن ألد أنثيين أو ذكراً : ورث العشر فقط . وإن ألد ذكرين : ورثا السدس . فهى أم الأخت من الأب ، فى هذه المسألة .

قوله ﴿ وَلِلأُمِّ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ : حَالٌ لَهَا السُّدُسُ . وَهُوَ مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ ، أَوْ وَلَدِ الابْنِ ، أَوِ اثْنَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ ﴾ .

أما مع وجود الولد ، أو ولد الابن : فإن لها السدس ، بالنص والإجماع .

وأما مع وجود الاثنين من الإخوة والأخوات : فلها السدس أيضاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وسواء كانوا محجوبين ، أو لا .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : أن الإخوة لايحجبون الأم من الثلث إلى السدس ، إلا إذا كانوا وارثين معها . فإن كانوا محجوبين بالأب : ورثت السدس . فلها ـ في مثل أبوين وأخوين ـ الثلث عنده . والأصحاب على خلافه .

قوله ﴿ وَحَالٌ لَهَا ثُلُثُ مَا بَقِيَ ، وَهِيَ مَعَ زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ وَامْرَأَةٍ ، وَأَبَوَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وقد روى عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ أنه قال : ظاهر القرآن لها الثلث . وهو مذهب ابن عباس رضى الله عنهما .

قال المصنف في المغني : والحجة معه ، لولا إجماع الصحابة . انتهى .

وهاتان المسألتان تسميان « العمريتين » .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَحَالٌ رَابِعٌ : وَهِيَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِوَلَدِهَا أَبٌ لِكَوْنِهِ وَلَدُ زِنًا ، أَوْ مَنْفِيًّا بِلِعَانٍ . فَإِنَّهُ مُنْقَطِعٌ تَعْصِيبُهُ مِنْ جِهَةِ مَنْ نَفَاهُ ﴾ .

لأنه لاينقطع تعصيبه من غير جهة من نفاه .

مثل : أن تلد توأمين . فيرث أحدهما من الآخر بالأخوة من الأب . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

والصحيح من المذهب : أنه لا يرث بالأخوة من الأب . قدمه في الفروع .

وقيل : يرث بالأخوة من الأب في ولد الملاعنة دون غيره .

قوله ﴿ وَعَصَبَتُهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ ﴾ .

مراده : إذا لم يكن له ابن ولا ابن ابن . فإذا لم يكن ابن ولا ابن ابن .
فالصحيح من المذهب : ماقدمه المصنف هنا .

واختاره الخرقى ، والقاضى وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق . وهو من المفردات .

وعنه : أنها هى عَصَبَتُهُ .

اختاره أبو بكر ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

فعلى المذهب : يرث أخوه لأمه مع ابنته ، لا أخته لأمه . فيعايى بها .

وعلى الثانية : إن لم تكن الأم موجودة . فعصبتها عصبته . على الصحيح .

وعنه : يرد على ذوى الفروض . فإن عدموا : فعصبتها عصبته .

والتفريع الآتى بعد ذلك على هذه الروايات . وقد علمت المذهب منهن .

قوله ﴿ وَإِذَا مَاتَ ابْنُ الْمُلاعَنِةِ ، وخَلَّفَ أُمّه وَجَدَّتَهُ : فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ وَ بَاقِيهِ لِلْجَدَّةِ ﴾ .

على الرواية الثانية . وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها . فيعايى بها .

وعلى الأولى ، والثالثة : للأم جميع المال .

قوله ـ فى الجدات ـ ﴿ فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ : فَالميرَاثُ لِأَقْرَبِهِنَّ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره الخرقى ، والمصنف ، والشارح وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : أن القُربَى من جهـة الأب لاتحجب البُعْدَى من جهة الأم . فتشاركها . وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قاله فى الهداية وغيره .

وجزم به القاضى فى جامعه .

ولم يعز ـ فى كتاب الروايتين ـ الرواية الأولى إلا إلى الخرقى .

وصححه ابن عقيل فى تذكرته .

قال فى إدراك الغاية : تشاركها فى الأشهر .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

فعلى الرواية الثانية : لا يتصور أن جدة ترث معها أمها .

مثل : أن يكون للميت جدة ، هى أم أبيه . وتـكون أمها أم أم الميت . وذلك : بأن يتزوج أبو الميت بابنة خالته ، وجدته التى هى أم خالته موجودة . وكذلك ابنتها التى هى أمه . ثم تخلف ولداً ، فيموت الولد . فيخلف أم أبيه وأمها ، التى هى أم أم أمه .

فيشتركان فى الميراث على هذه الرواية . فيعايى بها .

قلت : ويحتمل عدم إرثها على كلا الروايتين .

وهو ظاهر كلام الأصحاب فى الحجب . لأنهم أسقطوا الأعلى فالأعلى من الجدات بينهما .

قوله ﴿ فَأَمَّا أُمُّ أَبِي الأُمِّ ، وَأُمُّ أَبِي الْجَدِّ : فَلَا مِيرَاثَ لَهُمَا ﴾ .

أما أم أبى الأم : فهى من ذوى الأرحام ، على ما يأتى .

وأما أم أبى الجد : فالصحيح من المذهب : أنها من ذوى الأرحام . فلا ترث بنفسها فرضاً . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : ترث ، وليست من ذوى الأرحام . ومثلها : أم جد الجد ، ولو علت أبوة

واختاره الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ وصاحب الفائق .

وهو ظاهر كلام الخرقى . فإنه قال : وكذلك إن كثرت .

ويأتى ذلك أيضاً فى أول « باب ذوى الأرحام » فى عددهم .

قوله ﴿ وَتَرِثُ الجدَّةُ وابْنُها حَيٌّ ﴾ .

يعنى : سواء كان أباً أو جداً ، كما لو كان عماً اتفاقاً . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا ترث .

فعليها : لأم الأم مع الأب وأمه : السدس كاملا . على الصحيح .

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى القواعد : وهو الصحيح . لزوال المزاحمة ، مع قيام الاستحقاق لجميعه .

وقيل : لها نصف السدس معاداة بأم الأب التى لا ترث على هذه الرواية . وذكر مأخذه فى القواعد .

وكذلك الوجهان إذا كان معها أم أم الأب ، إلا أن تسقط البعدى بالقربى . على القول بالمعاداة . قاله فى المحرر ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنِ اجْتَمَعَتْ جَدَّةٌ ذَاتُ قَرَابَتَيْنِ مَعَ أُخْرَىٰ . فَلَهَا ثُلُثَا السُّدُسِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره التميمى ، والمصنف .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . وجزم به ناظمها .

وعنه : ترث بأقواهما . فلو تزوج بنت عمته ، فجدته : أم أم ولدهما ، وأم أبى أبيه .

ولو تزوج بنت خالته . فجدته : أم أم أم ، وأم أم أب .

فائدة : لو أدلت جدة بثلاث جهات ترث بها : لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة . على الصحيح من المذهب .

وعلى الرواية الأخرى : ترث معها ربع السدس ، أو نصفه . على اختلاف الروايتين .

وتقدم فى باب اللقيط : أنه لو ألحق بأبوين : أن لأمى أبويه اللذين ألحق بهما مع أم أم نصف السدس ، ولأم الأم نصفه . فيعايى بها .

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ بِنْتٌ وَبَنَاتُ ابْنٍ . فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَلِبَنَاتِ الابْنِ ـ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ـ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ . فَيُمْكِنُ عَوْلُهَا بِهَذَا السُّدُسِ كُلِّهِ . فَلَوْ عَصَّبَهَا أَخُوهَا ـ والحالة هذه ـ فَهُوَ الأَخُ الْمَشْئُومُ . لِأَنَّهُ ضَرَّهَا وَمَا انْتَفَعَ ﴾ .

ذكره فى عيون المسائل ، والمنتخب ، وغيرهما .

وكذا الأخت لأب فأكثر مع الإخوة للأبوين .

فأما الأخت من الأب ، وهى القائلة ـ إذا كانت حاملا مع زوج وأخت لأبوين ـ : إن ألد ذكراً فأكثر ، أو ذكراً وأنثى : لم يرثا . وإن ألد أنثى : ورثت . فيعايى بها .

وكذا الحكم فى بنات ابن الابن مع بنت الابن .

تنبيه : ظاهر قوله ـ فى الحجب ـ ﴿ وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأَبَوَيْنِ بِثَلَاثَةٍ . بِالابْنِ وَابْنِهِ ، وَالأَبِ . وَيَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ بِهَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَبِالأَخِ لِأَبَوَيْنِ . لأَنَّ الْجَدَّ لا يُسْقِطُهُمْ ﴾

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . كما تقدم عند قوله ﴿ وللجَدِّ هَذِهِ الأَحْوَالُ . وَحَالٌ رَابِعٌ ، وَهِىَ مَعَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ ﴾ .

باب العصبات

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ ثُمَّ الْجَدُّ ، وَإِنْ عَلاَ . ثُمَّ الأَخُ مِنَ الأَبَوَيْنِ ﴾ .

أَنَّ الجَدَّ أَوْلَى مِنَ الإِخْوَةِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، أَوِ الأَب .

وهو صحيح فى الجملة . أما حمله على إطلاقه : فضعيف .

فقد تقدم : أن الصحيح من المذهب : أن الإخوة يقاسمونه .

وأما أنه أولى فى الجملة : فصحيح بلا نزاع فى المذهب .

ألا ترى أنه إذا لم يفضل من الميراث إلا السدس : ورثه ، وأسقطهم ؟

وكذا إذا لم يبق من المال شىء : أعيل بسهمه . وتسقط الإخوة .

فوائد

بعد ذكر ترتيب العصبات : لايرث بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه

هذا صحيح بلا نزاع . نص عليه .

فعلى هذا : لو نكح امرأة ، وتزوج أبوه ابنتها . فابن الأب عم . وابن الابن خال . فيرثه خاله دون عمه . فيعايى بها .

ولو خلف الأب فيها أخا وابن ابنه ـ وهو أخو زوجته ـ ورثه ، دون أخيه . فيعايى بها .

ويقال أيضاً : ورثت زوجة ثمنا وأخوها الباقى . فيعايى بها .

فلو كان الإخوة سبعة : ورثوه سواء . فيعايى بها .

ولو كان الأب تزوج الأم ، وتزوج ابنه بنتها ، فابن الأب منها عم ولد الابن وخاله . فيعايى بها .

ولو تزوج زيد أم عمرو ، وتزوج عمرو بنت زيد ، فابن زيد عم ابن عمرو وخاله . فيعايى بها .

ولو تزوج كل واحد منهما أخت الآخر ، فولدُ كل واحد منهما : ابنُ خال ولد الآخر . فيعايى بها .

ولو تزوج كل واحد منهما بنت الآخر . فولدُ كل واحد منهما خالُ ولد الآخر . فيعايى بها .

ولو تزوج كل واحد منهما أم الآخر ، فهما القائلتان : مرحبا بابنينا ، وزوجينا وابنى زوجينا . وولد كل واحد عم الآخر . فيعايى بها .

فائدة : قوله ﴿ وَإِذَا انْقَرَضَ الْعَصَبَةُ مِنَ النَّسَبِ : وَرِثَ الْمَوْلَى الْمُعتَقُ ثُمَّ عَصَبَاتُهُ مِنْ بَعْدِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم الرد وذوو الأرحام على الإرث بالولاء .

فائدة : قوله « و إذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصباته من بعده » يعنى الأقرب فالأقرب . كعصبات النسب .

فيقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وخرج ابن الزاغونى فى كتابه « التلخيص » فى الفرائض من مسألة النكاح : رواية أخرى باشتراك الأخ من الأب مع الأخ من الأبوين فى الإرث والولاء .

فائدة : قوله ﴿ وَمَتَى كَانَ بَعْضُ بَنِى الْأَعْمَامِ زَوْجًا ، أَوْ أَخًا مِنْ أُمٍّ : أَخَذَ فَرْضَهُ . وَشَارَكَ الْبَاقِينَ فِي تَعْصِيبِهِمْ ﴾ .

فلو تزوج ابنة عمه ، فأولدها بنتا : ورثت البنت النصف ، وأبوها النصف بالفرض والتعصيب . فيعايى بها .

ولو أولدها بنتين : ورثوها أثلاثا . فيعايى بها .

ولو كانوا ثلاث إخوة لأبوين ، أحدهم تزوج ابنة عمه . فإذا ماتت : ورث الزوج ثلثى التركة ، والأخوين الآخرين : الثلث . فيعايى بها .

ولو تزوجت رجلا ، فولدت ولدا . ثم تزوجت بأخيه لأبيه ، وله خمسة أولاد ذكور . ثم ولدت منه مثلهم . ثم تزوجت آخر ، فولدت له خمس بنين أيضاً ، ثم ماتت ، ثم مات ولدها الأول : ورث منه خمسة إخوة نصفا ، وخمسة ثلثا ، وخمسة سدسا . فيعايى بها .

قوله ﴿ فَإِذَا اسْتَغْرَقَتِ الفُرُوضُ المَالَ ، فَلا شَيْءَ لِلْعَصَبَةِ ، كَزَوْجٍ وَأُمٍّ ، وَإِخْوَةٍ لِأُمٍّ ، وَإِخْوَةٍ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ : لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأُمِّ السُّدُسُ . وَلِلإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ : الثُّلُثُ . وَسَقَطَ سَائِرُهُمْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل حرب : أن الإخوة من الأبوين : يشاركون الإخوة من الأم فى الثلث .

وهو قول فى الرعاية . وتسمى « المشركة » و « الحمارية » إذا كان فيها إخوة لأبوين .

فائدة : قوله ﴿ وَلَوْ كَانَ مَكَانَهُمْ أَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ : عَالَتْ إِلَى عَشَرَةٍ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَسُمِّيَتْ ذَاتَ الفُرُوخِ ﴾ .

وتسمى أيضاً « الشريحية » لحدوثها فى زمن شريح القاضى . لأن الزوج سأله فأعطاه النصف . فلما أعلمه بالحال أعطاه ثلاثة من عشرة . فخرج ، وهو يقول : ما أعطيت النصف ، ولا الثلث .

وكان شريح يقول : إذا رأيتنى رأيت حكماً جائرا . وإذا رأيتك ذكرت رجلا فاجراً . لأنك تكتم القضية ، وتشيع الفاحشة .

باب أصول المسائل

فائدة : قوله ﴿ فَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ النِّصفِ سُدُسٌ ، أَوْ ثُلُثٌ ، أَوْ ثُلُثَانِ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ ﴾ .

فزوج وأم وأخوان من أم : من ستة .

وتسمى « مسألة الإلزام » لأن ابن عباس رضى الله عنهما لايعيل المسائل ، ولا يحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة إخوة . فإنه أعطى الأم الثلث هنا ، والباقى ـ وهو السدس ـ للأخوين من الأم .

فهو إنمـا يدخل النقص على من يصير عصبة فى حال . وإن أعطى الأم السدس ، فهو لايحجبها إلا بثلاثة . وهو لايرى العول .

قوله ﴿ وتَعُولُ إلَى عَشَرَةٍ ﴾ .

فتسمى المسألة إذا عالت إلى تسعة « الغراء » لأنهـا حدثت بعد المباهلة . فاشتهر العول فيها .

ومسألة المباهلة : زوج وأم وأخت لأبوين أو لأب . فشاور عمر رضى الله عنه الصحابة . فأشار عليه العباس رضى الله عنه بالعول . واتفقت الصحابة رضى الله عنهم على القول به ، إلا ابن عباس رضى الله عنهما ، ولـكنه لم يظهر ذلك فى حياة عمر . فلما مات عمر رضى الله عنه دعا ابن عباس إلى المباهلة . وقال « من شاء باهلته : أن الذى أحصى رمل عالج عدداً : لم يجعل فى المـال نصفاً ونصفاً وثلثا . فإذا ذهب النصفان بالمال ، فأين الثلث ؟ » .

ثم قال « وأيم الله لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر اللهَ ، ماعالت فريضة قط » فقيل له « لم لاأظهرت هذا فى زمن عمر رضى الله عنه ؟ فقال : كان مهيباً فهبته » انتهى .

وتقدم قبلها مسألة « الإلزام » ولا جواب له عنها .

فائدة : قوله ﴿ وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الرُّبُعِ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ : فَهِيَ مِنَ اثْنَىْ عَشَرَ . وَتعُولُ عَلَى الأَفْرَادِ إِلَى سَبْعَةَ عشَرَ ﴾ .

كثلاث زوجات ، وجدتين ، وأربع أخوات لأم ، وثمان أخوات لأبوين ، أو لأب . فهذه تسمى « أم الأرامل » لأن الورثة كلهم نساء .

فإن كانت التركة : سبعة عشر ديناراً : فلكل امرأة دينار . فيعايي بها .

قوله ﴿ وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الثُّمُنِ سُدُسٌ ، أَوْ ثُلُثَانَ . فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ . وَتعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ . وَلَا تعُولُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْهَا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى التبصرة رواية : أنها تعول إلى إحدى وثلاثين .

ولعله عنى الرواية عن ابن مسعود رضى الله عنه . فإنه مذهبه ، كما قاله فى الروضة .

قوله ﴿ وَإِذَا لَمْ تَسْتَوْعِبِ الْفُرُوضُ الْمَالَ ، وَلَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ : رُدَّ الْفَاضِلُ عَلَى ذَوِى الْفُرُوضِ بِقَدْرِ فُرُوضِهِمْ ، إِلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ ﴾ .

وهذا المذهب . نقله الجماعة . وعليه الأصحاب . وعليه التفريع .

وعنه : يقدم الرد وذوو الأرحام على الولاء .

وتقدمت هذه الرواية فى باب العصبات عند قوله « و إذا انقرضت العصبة من النسب : ورث المولى المعتق » .

وعنه : يقدم ذوو الأرحام على الرد .

وعنه : لا يرث بالرد بحال .

وعنه : لا يرد على ولد أم مع الأم ، ولا على جدة مع ذى سهم .

نقله ابن منصور . إلا قوله « إلا مع ذى سهم » .

فائدة : إذا لم نقل بالرد : كان الفاضل لبيت المال ، وكذلك مال من مات ولا وارث له .

لكن هل بيت المال وارث ، أم لا ؟ فيه روايتان .

والصحيح من المذهب والمشهور : أنه ليس بوارث . وإنما يحفظ فيه المال الضائع . قاله فى القاعدة السابعة والتسعين .

قال الزركشى فى العاقلة : المشهور أنه ليس بعصبة .

وقدمه فى المستوعب ، وغيره .

وقاله ابن البنا ، وغيره .

قال الحارثى ، فى أول كتاب الوصايا : والأصح أن بيت المال غير وارث ، لتقدم ذوى الأرحام عليه . وانتفاء صرف الفاضل عن ذوى الفروض إليه .

قال المصنف : ليس بعصبة .

وقال فى القاعدة السادسة بعد المائة : ولنا رواية ، أنه ينتقل إلى بيت المال إرثا .

ثم قال : فإن أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالإرث للكل : فهو مخالف لقواعد المذهب .

وإن أريد : أنه إرث فى الباطن لمعين ، فيحفظ ميراثه فى بيت المال ، ثم يصرف فى المصالح ، للجهل بمستحقه عيناً : فهو والأول بمعنى واحد .

قال : وينبنى على ذلك : مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له .

وفى المسألة وجهان . منهم : من بناها ، على أن بيت المال : هل هو وارث أم لا ؟

ومنهم من قال : لاينبنى على ذلك . ثم لهم طريقان .

أحدهما : أنه لايقتص . ولو قلنا : بأنه وارث . لأن فى المسلمين : الصبى ، والمجنون ، والغائب . وهى طريقة أبى الخطاب .

والثانى : يجوز الاقتصاص . وإن قلنا : ليس بوارث . لأن ولاية الإمام ونظره فى المصالح : قائم مقام الوارث . وهو مأخذ ابن الزاغونى . انتهى .

قلت : قد تقدم من فوائد الخلاف ــ فى وصية من لا وارث له ــ إن قيل : إن بيت المال جهة ومصلحة : جازت الوصية بجميع ماله .

وإن قيل : هو وارث ، لم تجز إلا بالثلث . قاله القاضى ، وتبعه فى الفروع . وتقدم ذلك فى أول كتاب الوصايا .

وتقدم فى آخر باب الفىء : هل بيت المال ملك للمسلمين ، أم لا ؟

باب تصحيح المسائل

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ تبَايَنَت : ضَرَبْتَ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ . فَمَا بَلَغَ : ضَرَبْتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلِهَا ﴾ .

كأربع نسوة ، وثلاث جدات ، وخمس أخوات لأم ، تسمى « الصماء »

وأربع نسوة ، وخمس جدات ، وسبع بنات ، وتسع أخوات لأبوين ، أو لأب . تسمى « مسألة الامتحان » لأنها تصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين .

وذلك : أنك إذا ضربت الأعداد بعضها فى بعض : بلغ ألفاً ومائتين وستين . مضروبة فى أصل المسألة ، وهو أربعة وعشرون : تبلغ ماقلنا .

فيقال : أربعة أعداد ــ وليس منهم من يبلغ عدده عشرة ــ بلغت مسألتهم إلى ذلك . فيعايى بها .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مُوَافِقَةً ، كَأَرْبَعَةٍ ، وَسِتَّةٍ ، وَعَشَرَةٍ ﴾ .

هذا يسمى « الموقوف المطلق » .

ذلك : أن تقف أى الأعداد شئت . ويصح جزء السهم من ستين .

وبقى نوع آخر ، ويسمى « الموقوف المقيد » .

مثاله : لو انكسر على اثنى عشر ، وثمانية عشر ، وعشرين . فهنا تقف الاثنى عشر ، لاغير . لأنها توافق الثمانية عشر بالأسداس ، والعشرين بالأرباع . بخلاف ما إذا وقفت الثمانية عشر . فإنها لاتوافق العشرين إلا بالإنصاف . وإن وافقت العشرين : لم توافقها الثمانية عشر إلا بالأنصاف . فيرتفع العمل فى المسألة . وهو غير مرضى عندهم .

فالأولى : أن تقف الإثنى عشر . وقس عليها ماشابهها .

باب المناسخات

فائدة : قوله ﴿ وَمَعْنَاهَا : أَنْ يَمُوتَ بَعْضُ الوَرَثَةِ قَبْلَ قَسْمِ تَرِكَتِهِ ﴾

وهو صحيح . فلو مات شخص وترك أبوين وابنتين . ثم ماتت إحدى البنتين وخلف من فى المسألة . فلا بد هنا من السؤال عن الميت الأول .

فإن كان رجلا : فالأب فى المسألة الأولى جد فى الثانية ، أبو أب . فيرثه فى الثانية .

وإن كان الميت الأول : أنثى ، فالأب فى الأولى جد فى الثانية أبو أم . فلا يرث .

فتصح فى الأولى من أربعة وخمسين .

وفى الثانية : من اثنى عشر .

وتسمى « المأمونية » لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكثم ، لما أراد أن يوليه القضاء . فقال له : الميت الأول ذكر أم أنثى ؟ فعلم أنه قد عرفها .

فقال له : كم سنك ؟ ففطن يحيى لذلك ، وظن أنه استصغره . فقال : سِنُّ معاذ بن جبل رضى الله عنه لما ولاه النبى صلى الله عليه وسلم اليمن . وسن عَتَّاب ابن أُسيد رضى الله عنه لما ولى مكة . فاستحسن جوابه ، وولاه القضاء .

باب قسم التركات

فائدتان

إحداهما : لو قال قائل : إنما يرثنى أربعة بنين ، ولى تركة . أخذ الأكبر ديناراً وخمس مابقى . وأخذ الثانى دينارين وخمس ما بقى . وأخذ الثالث ثلاث دنانير وخمس مابقى . وأخذ الرابع جميع ما بقى . والحال أن كل واحد منهم أخذ حقه ، من غير زيادة ولا نقصان . كم كانت التركة ؟

فالجواب : أنها كانت ستة عشر ديناراً .

وفى الفروع هنا سهو . فإنه جعل للرابع : أربعة وخمس ما بقى . والحال : أنه لم يبق شىء بعد أخذ الأربعة .

الثانية : لو قال إنسان لمريض : أوص . فقال : إنما يرثنى امرأتاك ، وجدتاك وأختاك ، وعمتاك ، وخالتاك .

فالجواب : أن كل واحد منهما تزوج بجدتى الآخر : أم أمه ، وأم أبيه ، فأولد المريض كلا منهما بنتين . فهما من أم الأب الصحيح : عمتا الصحيح . ومن أم أمه : خالتاه . وقد كان أبو المريض تزوج أم الصحيح ، فأولدها بنتين .

وتصح من ثمانية وأربعين . ويعايى بها .

باب ذوى الأرحام

تنبيه : تقدم فى آخر كتاب الفرائض رواية : أن ذوى الأرحام لا يرثون ألبتة . ولا عمل عليه .

وقوله هنا فى عددهم ﴿ وَكُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِأَبٍ بَيْنَ أُمَّيْنِ ، أَوْ بِأَبٍ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ ﴾ .

أما الأولى : فهى من ذوى الأرحام . بلا نزاع .

وأما الجدة الثانية ـ أعنى المدلية بأب أعلى من الجد ـ فهى أيضاً من ذوى الأرحام . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا .

وقيل : هى من ذوى الفروض .

اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وقال : هو ظاهر كلام الخرقى .

وتقدم ذلك أيضاً فى أول كتاب الفرائض ، فى فصل الجدات .

وقوله ﴿ وَيَرِثُونَ بِالتَّنْزِيلِ ﴾ .

كما نقل المصنف . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وعليه التفريع .

وعنه يرثون على حسب ترتيب العصبة .

قوله ﴿ وَالعَمَّاتُ وَالعَمُّ مِنَ الأُمِّ كالأَبِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم القاضى فى التعليق ، والمصنف وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : كالعم ـ يعنى من الأبوين ـ قاله الأصحاب . واختاره أبو بكر .

وقيل : كل عمة كأخيها .

وعنه : العمة لأبوين ، أو لأب ، كالجد .

فعليها : العمة لأم ، والعم لأم ، كالجدة أمهما .

وقال فى الروضة : العمة كالأب . وقيل : كبنت .

قلت : الذى يظهر : أن هذا خطأ ، وأى جامع بين العمة والبنت ؟

فائدة : هل عمة الأب على هذا الخلاف ؟

وهل عم الأب من الأم ، وعمة الأب لأم : كالجد ، أو كم الأب من الأبوين ، أو كأم الجد ؟ مبنى على هذا الخلاف أيضاً .

وليسا كأب الجد . لأنه أجنبى منهما .

قوله ﴿ فَإذا أَدْلَى جَمَاعَةٌ بِوَاحِدٍ ، وَاسْتَوَتْ مَنَازِلَهُمْ مِنْهُ . فَنَصِيبُهُ بَيْنَهُمْ بالسَّوِيَّةِ . ذَكَرِهُمْ وَأُنثَاهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال أبو الخطاب : اختاره عامة شيوخنا .

قال الزركشى : عليه جمهور الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والفائق . وغيرهم .

وعنه : للذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا ولد الأم .

وقال الخرقى : يسوى بينهم إلا الخال والخالة . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها جماعة .

واختاره ابن عقيل فى التذكرة استحساناً .

واختاره أيضاً الشيرازى .

قال المصنف فى المغنى : لا أعلم له وجهاً .

قال القاضى : لم أجد هذا بعينه عن الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَى الْوَارِثِ : وَرِثَ ، وَأَسْقَطَ غَيْرَهُ . إلاَّ أَنْ يَكُونَا مِنْ جِهَتَيْنِ ، فَيَنْزِلُ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ ، سَوَاءٌ سَقَطَ بِهِ الْقَرِيبُ أَمْ لا . كَبِنْتِ بِنْتِ بِنْتٍ . وَبِنْتِ أَخٍ لِأُمٍّ ﴾ .

فالصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أن المال لبنت بنت البنت بالفرض والرد .

وذكر فى الترغيب رواية : أن الإرث للجهة القربى مطلقاً .

وفى الروضة ـ فى ابن بنت ، وابن أخ لأم ـ له السدس . ولابن البنت النصف . فالمال بينهما على أربعة ، بالفرض والرد .

قوله ﴿ وَالجِهَاتُ أَرْبَعٌ : الأُبُوَّةُ ، وَالأُمُومَةُ ، والبُنُوَّةُ ، والأُخُوَّةُ ﴾

هذا أحد الوجوه . اختاره المصنف ، أولا .

ويلزمه عليه : إسقاط بنت الأخ ، وبنات الأخوات وبنوهن ببنات الأعمام والعمات .

قال الشارح : وهو بعيد .

قال فى المحرر : وإذا كان ابن ابن أخت لأم ، وبنت ابن ابن أخ لأب : فله السدس ، ولها الباقى .

ويلزم من جعل الأخوة جهة : أن يجعل المال للبنت . وهو بعيد جداً . حيث يجعل أجنبيتين أهل جهة واحدة . ورده شارحه .

قال فى الفائق : وهو فاسد .

قال فى الرعاية : وهو بعيد . وقيل : خطأ .

وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة .

وهو مفض إلى إسقاط بنت العم من الأبوين ، ببنت العم من الأم ، و بنت العمة .

قال المصنف هنا : ولا نعلم به قائلا .

وذكر فى المغنى : أنه قياس قول محمد بن سالم .

قال فى الفائق : ولم يعد قبله .

قال فى الرعاية الصغرى : هذا أشهر .

واعلم أن الصحيح من المذهب : أن الجهات ثلاث ، وهم : الأبوة ، والأمومة والبنوة . اختاره المصنف أخيراً ، والمجد ، والشارح .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

و يلزم عليه إسقاط بنت عمة ببنت أخ .

قال فى الفائق : وهو أفسد من القول الأول .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : النزاع لفظى .

ولا فرق بين جعل « الأخوة » و « العمومة » جهة . و بين إدخالها فى جهة الأبوة والأمومة . ويجعل الجهات ثلاثاً . والاعتراض فى الصورتين لا حقيقة له .

لأنا إذا قلنا : إذا كانا من جهة : قدمنا الأقرب إلى الوارث .

فإذا كانا من جهتين : لم يقدم الأقرب إلى الوارث .

فاسم الجهة عند أبى الخطاب وغيره ـ يعنى به ـ مايشتركان فيه من القرابة .

ومعلوم أن بنات العم والعمة يشتركن فى بنوة العمومة . و بنات الإخوة يشتركن فى بنوة الأخوة . ولم يرد أبو الخطاب بالجهة : الوارث الذى يدلى به .

ولهذا فرق بين الوارث الذى يدلى به ، و بين الجهة . فقال « إلا أن يسبقه إلى وارث آخر غيره ، وتجمعهما جهة واحدة » .

وإذا نزلنا بنت العمة والعم منزلة الأب : لم يمنع ذلك أن يكون جهة من جهات العمومة للمشاركة فى الاسم . انتهى كلامه .

فائدة : البنوة جهة واحدة ، على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : كل ولد الصلب جهة .

قال فى المحرر ، والحاوى : وهى الصحيحة عندى .

وعنه : كل وارث يدلى به جهة .

فعمة وابن خال : له الثلث ، ولها البقية .

ولو كان معهما خالة أم : كان الحكم كذلك .

والصحيح من المذهب : أن ابن الخال يسقط بها . ولها السدس . والبقية للعمة وخالة أم ، وخالة أب : المال لهما كجدتين . وتسقطهما أم أبى الأم على هذه الرواية . والمذهب : تسقط هى .

ولو كانت بنت بنت بنت و بنت بنت ابن . فالميراث على أربعة بينهما ، إن قيل : كل ولد صلب جهة .

وإن قيل كلهم جهة : اختصت به الثانية للسبق .

ولو كان معها بنت بنت بنت أخرى ، فالميراث لولدى بنتى الصلب . على الأول . ولولدى الابن على الثانى . قاله فى الفائق ، وغيره .

قوله ﴿ وَمَنْ مَتَّ بِقَرَابَتَيْنِ ﴾ أى : أدلى ﴿ وَرِثَ بِهِمَا ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، كشخصين .

وحكى عنه : أنه يرث بأقواهما .

قوله ﴿ وَإِنِ اتَّفَقَ مَعَهُمْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ : أَعْطَيْتَهُ فَرْضَهُ غَيْرَ مَحْجُوبٍ وَلاَ مُعَاوَلٍ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوِ انْفَرَدُوا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم ، كما يقسم بين من أدلوا به .

وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به القاضى فى التعليق . وذكره فى الواضح .

والأمثلة التى ذكرها المصنف بعد ذلك مبنية على هذا الخلاف .

وقد علمت المذهب منه .

باب ميراث الحمل

فائدة : الحمل يرث فى الجملة . بلا نزاع .

لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه ، ويتبين ذلك بخروجه حياً ، أم لايثبت له الملك حتى ينفصل حياً ؟ فيه خلاف بين الأصحاب .

قال فى القواعد الفقهية : وهذا الخلاف مطرد فى سائر أحكامه .

الثانية : هل هى معلقة بشرط انفصاله حياً . فلا تثبت قبله ، أو هى ثابتة له فى حال كونه حملا ، لكن ثبوتها مراعى بانفصاله حياً . فإذا انفصل حياً تبينا ثبوتها من حين وجود أسبابها ؟

وهذا هو تحقيق معنى قول من قال : هل الحمل له حكم أم لا ؟ .

قال : والذى يقتضيه نص الإمام أحمد رحمه الله فى الإنفاق على أمه من نصيبه : أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه . وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب .

ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل على خلافه ، وأنه لايثبت له الملك إلا بالوضع .

وقال المصنف ــ ومن تابعه ــ فى فطرة الجنين : لم تثبت له أحكام الدنيا إلا فى الإرث فى الوصية ، بشرط خروجه حياً . انتهى .

فائدة : قوله ﴿ وَقفتَ لَهُ نَصِيبَ ذَكَرَيْنِ إِنْ كَانَ نَصِيبُهُمَا أَكْثَرَ ، وَإلاَّ وَقفتَ نَصِيبَ اثْنَيْنِ ﴾ .

وكذا لو كان إرث الذكر والأنثى أكثر . قاله فى الرعايتين .

وهذا بلا نزاع . وهو من مفردات المذهب .

فمثال كون الذكرين نصيبهما أكثر : لو خلف زوجة حاملا .

ومثاله فى الأنثيين : كزوجة حامل مع أبوين .

ومثاله فى الذكر والأنثى : لو خلف زوجة ، أو خلفت زوجاً ، وأمّا حاملا . قاله فى الرعاية الكبرى . وفيه نظر ظاهر .

قوله ﴿ وَإِذَا اسْتُهِلَّ الْمَوْلُودُ صَارِخًا : وَرِثَ ، وَوُرِثَ ﴾ مخففاً .

هذا المذهب . نقله أبو طالب .

قال فى الروضة : هذا الصحيح عندى .

وجزم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يرث أيضاً بصوت غير الصراخ .

قوله ﴿ وَفِى مَعْنَاهُ الْعُطَاسُ وَالتَّنَفُّسُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى العطاس .

وجزم به فى الرعايتين ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والخلاصة ، وغيرهم .

وجزم به فى المذهب فى العطاس . وقدمه فى الفائق .

وقال القاضى وأصحابه ، وجماعة : فى التنفس .

قال فى الفائق : وشرط القاضى طول زمن التنفس .

وقال فى الترغيب : إن قامت بينة أن الجنين تنفس ، أو تحرك ، أو عطس : فهو حى .

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، فى هذا الباب : فإن تحرك أو تنفس : لم يكن كالاستهلال .

ونقل ابن الحكم : إذا تحرك ، ففيه الدية كاملة . ولا يرث ولا يورث ، حتى يستهل .

وظاهر ماقدمه فى الفروع : أن مجرد التنفس كالاستهلال .

وقال فى الفائق : وعنه يتعين الاستهلال فقط .

قوله ﴿ وَالارْتِضَاعِ ﴾ .

يعنى أنه فى معنى الاستهلال صارخاً . فيرث و يورث بذلك . وهو المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا الأشهر .

وقدمه فى الفائق ، وغيره

وقيل : لايرث بذلك ، ولايورث .

وتقدمت الرواية التى ذكرها فى الفائق .

قوله ﴿ وَمَا يَدُلّ عَلَى الْحَيَاةِ ﴾ .

كالحركة الطويلة ، والبكاء ، وغيرهما مما يعلم به حياته وهذا المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا الأشهر . وقيل : لايرث ولايورث بذلك .

قوله ﴿ فَأَمَّا الْحَرَكَةُ وَالاخْتِلاَجُ : فَلاَ يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ ﴾ .

مجرد الاختلاج لايدل على الحياة .

وأما الحركة : فإن كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة .

قال المصنف : ولو علم معهما حياة . لأنه لا يعلم استقرارها . لاحتمال كونها كحركة المذبوح . فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميت .

وكذا التنفس اليسير ، لايدل على الحياة . ذكره فى الرعاية .

و إن كانت الحركة طويلة . فالمذهب : أنها تدل على الحيـاة ، وأن حكمها حكم الاستهلال صارخاً .

قال فى الفروع : هذا الأشهر . وقيل : لايرث ولايورث بذلك .

وتقدمت الرواية التى فى الفائق . فإنها تشمل ذلك كله .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ بَعْضُهُ فَاسْتَهَلّ ، ثُمَّ انْفَصَلَ مَيْتًا : لَمْ يَرِثْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الـكافى ، والوجيز .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وقدمه فى الفروع ، والشرح .

وعنه : يرث .

قال فى الخلاصة : ورث فى الأصح .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ ، فَاسْتُهِلَّ أَحَدُهُما ، وَأَشْكَلَ : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ القُرْعَةُ : فَهُوَ المُسْتَهَلُّ ﴾ .

مراده : إذا كان إرثهما مختلفا . فلو كانا ذكرين ، أو أنثيين ، أو ذكراً وأنثى أخوين لأم : لم يقرع بينهما . ويقرع فيما سوى ذلك ، وهو واضح .

فائدتان

إحداهما : لو مات كافر عن حمل منه : لم يرثه الحمل . للحكم بإسلامه قبل وضعه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . ونصره فى القواعد الفقهية .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقيل : يرث . اختاره القاضى فى بعض كتبه .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وفى المنتخب للشيرازى : يحكم بإسلامه بعد وضعه ، ويرثه .

ثم ذكر عن الإمام أحمد رحمه الله : إذا مات حكم بإسلامه ولم يرثه . وحمله على ولادته بعد قسم الميراث .

الثانية : إذا مات كافر عن حمل من كافر غيره . فأسلمت أمه قبل وضعه ، مثل أن يخلف أمه حاملا من غير أبيه : فحكمه حكم المسألة الأولى . قاله الأصحاب .

قال فى الرعاية : ويحتمل أن يرث حيث ثبت النسب .

تنبيه : روى عن الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك نصوص نذكرها . ونذكر مافسره الأصحاب به . فنقول :

روى جعفر عنه فى نصرانى مات وامرأته نصرانية ، وكانت حبلى . فأسلمت بعد موته ، ثم ولدت ، هل يرث ؟

قال : لا . وقال : إنما مات أبوه وهو لايعلم ماهو ، وإنما يرث بالولادة . وحكم له بحكم الإسلام .

وقال محمد بن يحيي الكحال ، قلت لأبى عبد الله : مات نصرانى ، وامرأته حامل . فأسلمت بعد موته ؟ قال : مافى بطنها مسلم .

قلت : أيرث أباه إذا كان كافراً وهو مسلم ؟ قال : لايرثه .

فصرح بالمنع من إرثه لأبيه ، معللا بأن إرثه يتأخر إلى مابعد الولادة . وإذا تأخر توريثه إلى مابعد الولادة ، فقد سبق الحكم بإسلامه زمن الولادة ، إما بإسلام أمه ، كما دل عليه كلام الإمام أحمد رحمه الله هنا ، أو بموت أبيه ، على ظاهر المذهب . والحكم بالإسلام لايتوقف على العلم به ، بخلاف التوريث .

وهذا يرجع إلى أن التوريث يتأخر عن موت الموروث إذا انعقد سببه فى حياة الموروث . وأصول الإمام أحمد رحمه الله تشهد لذلك . ذكره ابن رجب فى قواعده

وقال : وأما القاضى والأكثرون : فاضطربوا فى تخريج كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وللقاضى فى تخريجه ثلاثة أوجه .

الأول : أن إسلامه قبل قسم الميراث أوجب منعه من التوريث . وهى طريقة القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول .

قال ابن رجب : وهى ظاهرة الفساد .

والوجه الثانى : أن هذه الصورة من جملة صور توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أبيه . ونصه هذا يدل على عدم التوريث . فتكون رواية ثانية فى المسألة . وهذه طريقة القاضى فى الروايتين .

قال ابن رجب : وهى ضعيفة . لأن الإمام أحمد رحمه الله صرح بالتعليل بغير ذلك . ولأن توريث الطفل من أبيه الـكافر ـ وإن حكم بإسلامه بموته ـ غير مختلف فيه ،حتى نقل ابن المنذر وغيره : الإجماع عليه . فلا يصح حمل كلام الإمام أحمد رحمه الله على مايخالف الإجماع .

والوجه الثالث : أن الحـكم بإسلام هذا الطفل حصل بشيئين : بموت أبيه ، وإسلام أمه

وهذا الثانى مانع قوى . لأنه متفق عليه . فلذلك منع الميراث ، بخلاف الولد المنفصل إذا مات أحد أبويه . فإنه يحكم بإسلامه ، ولا يمنع إرثه . لأن المانع فيه ضعيف للاختلاف فيه .

وهذه طريقة القاضى فى خلافه .

قال ابن رجب : وهى ضعيفة أيضاً ، ومخالفة لتعليل الإمام أحمد رحمه الله . فإنه إنما علل بسبق المانع لتوريثه ، لا بقوة المانع وضعفه .

وإنما ورث الإمام أحمد رحمه الله من حكم بإسلامه بموت أحد أبويه لمقارنة المانع لا لضعفه . انتهى ماذكره فى القواعد .

فائدتان

إحداهما : لو زوج أمته بحر ، فأحبلها . فقال السيد : إن كان حملك ذكراً فأنت وهو رقيقان . وإلا فأنتما حران . فهى القائلة : إن ألد ذكراً لم أرث ولم يرث ، وإلا ورثنا . فيعايى بها .

وتقدم مسائل فى المعاياة . فيما إذا كانت حاملا .

الثانية : لو خلف ورثة ، وأمًا مزوجة ، فقال فى المغنى : ينبغى أن لايطأها حتى تستبرأ .

وذكر غيره من الأصحاب : يحرم الوطء حتى يعلم : أحامل هى أم لا ؟ وهو الصواب .

باب ميراث المفقود

قوله ﴿ وَإِذَا انْقَطَعَ خَبَرُهُ لِغَيْبَةٍ ظَاهِرُهَا السَّلَامَةُ ، كَالتِّجَارَةِ وَنَحْوِهَا انْتَظَرْتَهُ تَمَامَ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . صححه فى المذهب ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الهداية وغيره : هذا أشهر الروايتين .

وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ينتظر أبداً .

فعليها : يجتهد الحاكم فيه ، كغيبة ابن تسعين . ذكره فى الترغيب .

قال فى الرعايتين ، والحاوى ، فى باب العدد : وإن كان ظاهرها السلامة ، ولم يثبت موته : بقيت زوجته مارأى الحاكم . ثم تعتد للوفاة .

وأطلقهما فى الشرح ، والنظم .

وعنه : ينتظر أبداً حتى تتيقن موته . لأن الأصل حياته .

قدمه فى باب العدد فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف ، والشارح ، وقالا : هذا المذهب . ونصراه .

وعنه : تنتظر زمناً لايعيش مثله غالباً . اختاره أبو بكر ، وغيره .

وقال ابن عقيل : تنتظر مائة وعشرين سنة من يوم ولد .

وقال ابن رزين : يحتمل عندى : أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك .

قال فى الفروع : وإنما قضاؤه فيمن هو فى مهلكة .

قال فى الفائق ، قلت : فلو فقد ، وله تسعون سنة : فهل تنتظر عدة الوفاة ؟ أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم ، أو يرتقب أربع سنين ؟ يحتمل أوجها .

أفتى الشيخ شمس الدين : بالأول ـ يعنى به الشارح ـ والمختار الأخير . انتهى .

قلت : قد تقدم أن صاحب الترغيب قال : يجتهد الحاكم . ووافقه على ذلك فى الفروع . وهو أولى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهَا الْهَلَاكُ ﴾ كما مثل المصنف ﴿ انْتُظِرَ بِهِ تَمَامُ أَرْبَعِ سِنِينَ . ثُمَّ يُقَسَّمُ مَالُهُ ﴾ .

هذا المذهب .

قال المصنف ، وصاحب الفائق ، والشارح : هذا المذهب . نص عليه .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، فقال : انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف .

وتابع صاحب الرعاية الكبرى فى ذلك .

والأولى : منذ فقد . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ينتظر به أربع سنين وزيادة أربعة أشهر وعشر .

قال القاضى : لايقسم ماله حتى تمضى عدة الوفاة ، بعد الأربع سنين .

وعنه : التوقف فى أمره .

وقال : كنت أقول ذلك ، وقد هِبْتُ الجواب فيها ، لاختلاف الناس . وكأنى أحب السلامة .

قال فى المستوعب ، قال أصحابنا : وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله أولا وتكون المرأة على الزوجية حتى يثبت موته ، أو يمضى زمان لا يعيش فيه مثله .

ويحتمل التورع . ويكون ما قاله أولا بحاله فى الحكم .

وعنه : حكمه فى الانتظار : حكم التى ظاهرها السلامة .

[١] وقال فى الواضح : ينتظر زمناً لايجوز مثله ، قال : وحدها ـ فى بعض رواياته ـ بتسعين سنة . وقيل : بسبعين .

فائدة : نقل الميمونى ـ فى عبد مفقود ـ الظاهر : أنه كالحر .

قلت : وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

ونقل مهنا ، وأبو طالب ـ فى الأمة ـ أنها على النصف من الحرة .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ مَوْرُوثُهُ فِى مُدَّةِ التَّرَبُّصِ : دُفِعَ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ اليَقِينُ ، وَوَقَفَ البَاقِى ﴾ .

وطريق العمل فى ذلك : أن تعمل المسألة على أنه حى ، ثم على أنه ميت . ثم تضرب إحداهما ـ أو وفقها ـ فى الأخرى . واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرهما إن تناسبتا . وتدفع إلى كل وارث اليقين . ومن سقط فى إحداهما لم يأخذ شيئاً . وهذا المذهب .

وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم .

وقيل : تعمل المسألة على تقدير حياته فقط . ولا تقف شيئاً سوى نصيبه إن كان يرث .

قال فى المحرر : وهو أصح عندى .

وصححه فى الحاوى الصغير ، والفروع .

فعلى هذا القول : يؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة على الصحيح .

---

(١) من أول هنا مراجع على نسخة مخطوطة فى حياة المؤلف ، عثر عليها الأخ الاستاذ فؤاد السيد أمين قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية . وأعان على تصوير القسم الأخير منها من أول كتاب المواريث ، وسنراجع الفائت من المواريث عليها . ونضع فى آخر الجزء الزيادة ، أو الصواب . واسأل الله التوفيق والسداد وأن يحسن المثوبة للأخ فؤاد السيد

قدمه فى الفائق ، والرعايتين .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى النظم .

وقيل : لا يؤخذ منه ضمين .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قوله ﴿ فَإِنْ قَدِمَ أَخَذَ نَصِيبَهُ ﴾ بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِهِ ﴾ .

هذا الصحيح . صححه فى المحرر ، والنظم .

قال فى الفائق : هو قول غير صاحب المغنى فيه .

وقطع به فى الكافى ، والوجيز ، وشرح ابن منجا .

وقدمه فى المحرر أيضاً ، والحاوى الصغير .

وقيل : يرد إلى ورثة الميت الذى مات فى مدة التربص . قطع به فى المغنى .
وقدمه فى الرعايتين . وأطلقهما فى الفروع . وحكاهما فى الشرح روايتين .

قال فى الفروع : والمعروف وجهان .

قلت : لم نَرَ من حكاهما روايتين غيره .

فعلى الأول : يقضى منه دين المفقود . بلا نزاع .

وينفق على زوجته أيضاً وعبده وبهيمته . وصححه فى المحرر ، وغيره .

قال فى الفائق : يقضى منه تلك الحالة دينه ، وينفق على زوجته ، وغير ذلك
انتهى .

وعلى الثانى : لا يقضى منه دينه ، ولا ينفق منه على زوجته ، ولا عبده ،
ولا بهيمته . جزم به صاحب المحرر ، والتهذيب ، والفصول ، والمستوعب ،
والمغنى ، وغيرهم .

وقال فى القاعدة التاسعة والخمسين ، بعد المائة : يقسم ماله بعد انتظاره .
وهل تثبت له أحكام المعدوم من حين فقده ، أولا تثبت إلا من حين

إباحة أزواجه ، وقسمة ماله ؟ على وجهين . ينبنى عليهما : لو مات له فى مدة انتظاره من يرثه . فهل يحكم بتوريثه منه أم لا ؟ .

ونص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يزكى ماله بعد مدة انتظاره ، معللاً بأنه مات وعليه زكاة .

وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموت إلا بعد المدة . وهو الأظهر . انتهى .

قوله ﴿ وَلِبَاقِي الوَرَثَةِ أَنْ يَصْطَلِحُوا عَلَى مَازَادَ عَنْ نَصِيبِهِ . فَيَقْتَسِمُوهُ ﴾ .

يجوز للورثة أن يصطلحوا على مازاد عن نصيب المفقود . ولهم أن يصطلحوا على كل الموقوف أيضاً ، إن حجب أحداً ولم يرث ، أو كان أخاً لأب : عصَّب أخته مع زوج وأخت لأبوين . وهذا كله مفرع على الصحيح من المذهب .

أما على مااختاره صاحب المحرر ـ وهو أنا نعمل المسألة على تقدير حياته فقط ـ فلا يتأتى هذا .

وقد تقدم أنه يؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة . على الصحيح . فليعاود .

فوائد

الأولى : إذا قدم المفقود ، بعد قسم ماله : أخذ ماوجده بعينه ، ويرجع على من أخذ الباقى . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية عبد الله . واختاره أبو بكر .

قال فى الفائق : وهو أصح . وصححه ابن عقيل . وغيره .

وجزم به المصنف وغيره .

وعنه : لايرجع على من أخذ . نص عليه فى رواية ابن منصور .

وقال : إنما قُسم بحق لهم .

قال فى الفروع : اختاره جماعة . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف . فإنه قال : رجع فى رواية .

ونقل ابن منصور : لايرجع .

الثانية : لو جُعل لأسير من وقف شيء : تسلمه وحفظه وكيله ، ومن ينتقل إليه بعده جميعاً . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله . واقتصر عليه فى الفروع .

وقال : ويتوجه وجه يكفى وكيله .

قلت : ويتوجه أن يحفظه الحاكم إذا عدم الوكيل . لأنه المتكلم على أموال الغياب ، على مايأتى فى أواخر « باب أدب القاضى » .

الثالثة : المشكل نسبه كالمفقود .

فلو قال رجل : أحد هذين ابنى ، ثبت نسب أحدهما ، فيعينه . فإن مات عينه وارثه . فإن تعذر أُرِىَ القافة . فإن تعذر عُين أحدهما بالقرعة . ولا مدخل للقرعة فى النسب على مايأتى . ولا يرث ، ولا يوقف .

ويصرف نصيب ابن لبيت المال . ذكره فى المنتخب عن القاضى .

وذكر الأزجى عن القاضى : يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفاً فى بيت المال للعلم باستحقاق أحدهما .

قال الأزجى ، والمذهب الصحيح : لا وقف ، لأن الوقف إنما يكون إذا رُجِى زوال الإشكال .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم : ومن افتقر نسبه إلى قائف ، فهو فى مدة إشكاله كالمفقود .

الرابعة : قال فى الرعاية الكبرى : والعمل فى المفقودَيْن ، أو أكثر : بتنزيلهم بعدد أحوالهم لاغير ، دون العمل بالحالين .

باب ميراث الخنثى

قوله ﴿ وَإِنْ خرجا معًا : اعْتُبِرَ أَكْثَرُهما . فإنِ اسْتَوَيا فهُوَ مُشْكِلٌ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والخلاصة ، وغيرهم وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : لاتعتبر الكثرة . ونقله ابن هانىء . وهو ظاهر كلام أبى الفرج وغيره فإنه قال : هل يعتبر السبق فى الانقطاع ؟ فيه روايتان . ولم يذكر الكثرة .

وقال فى التبصرة : يعتبر أطولهما خروجاً . ونقله أبو طالب . لأن بوله يمتد ، و بولها يسيل .

وقال القاضى ، وابن عقيل : إن خرجا معا حكم للمتأخر .

وقدم ابن عقيل الكثرة على السبق .

وقيل : إن انتشر بوله على كثيب رمل : فذكر . وإن لم ينتشر : فأنثى .

قال فى الرعاية : وفيه بعد .

وقال ابن أبى موسى : تعد أضلاعه . فستة عشر ضلعا : للذكر ، وسبعة عشر للأنثى .

قال فى الرعاية : وفيه بعد .

قوله ﴿ وَإِنْ كانَ يُرْجى انكِشافُ حالِهِ ـ وَهُوَ الصَّغِيرُ ـ أُعْطِى هُوَ وَمَنْ معَهُ اليقِينَ . ووَقَفَ الْباقِي حَتَّى يَبْلُغَ ، فَتَظْهرَ فيهِ علامَاتُ الرِّجَالِ ، مِنْ نبَاتِ لِحْيَتِهِ ، وَخُرُوجِ المنِيِّ مِنْ ذَكرِهِ ، أَوْ علامَاتُ النِّساء ، مِنَ الْحَيْضِ وَنحْوِهِ ﴾ .

كسقوط الثديين . نص عليه . وهذا المذهب نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا أنوثة بسقوط الثديين .

وقيل : إن اشتهى النساء فذكر فى كل شىء .

قال القاضى فى الجامع : إلا فى الإرث والدية . لأن للغير حقا . و إن اشتهى ذكراً : فأنثى .

وقال فى عيون المسائل : إن حاض من فرج المرأة ، أو احتلم منه ، أو أنزل من ذكر الرجل : لم يحكم بالخنوثة . لجواز كونه خلقة زائدة .

و إن حاض من فرج النساء ، وأنزل من ذكر الرجل : فبالغ بلا إشكال .

وتقدم فى باب الحجر « بما يحصل به بلوغ الخنثى المشكل » فليعاود . فإن فيه نوع التفات إلى هذا .

قوله ﴿ وَإِنْ يُئِسَ مِنْ ذَلِكَ بِمَوْتِهِ ، أَوْ عَدَمِ الْعَلامَاتِ بَعْدَ بُلُوغِهِ : أُعْطِىَ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفَ مِيرَاثِ أُنْثَى . فَإِذَا كَانَ مَعَ الْخُنْثَى بِنْتٌ وَابْنٌ : جَعَلْتَ لِلْبِنْتِ أَقَلَّ عَدَدٍ لَهُ نِصْفٌ . وَهُوَ سَهْمَانِ . وَلِلذَّكَرِ أَرْبَعَةٌ . وَلِلْخُنْثَى ثَلاثَةٌ ﴾ .

وهذا اختيار المصنف ، وقال : هذا قول لا بأس به فى هذه المسألة ، وفى كل مسألة فيها ولد ، إذا كان فيهم خنثى .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

وقال أصحابنا : تعمل المسألة على أنه ذكر ، ثم على أنه أنثى . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من المفردات .

فيستحق ـ على اختيار المصنف ومن تابعه ـ فى هذه المسألة : ثلاثة من تسعة . وهى الثلث . وعلى قول الأصحاب : يستحق ثلاثة عشر من أربعين . وهى أقل من الثلث

قوله ﴿ ثُمَّ تَضْرِبُ إِحْدَاهُمَا أَوْ وَفْقَهَا فِى الْأُخْرَى إِنِ اتَّفَقَا . وَتَجْتَزِىءُ بِإِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَاثَلَتَا ، أَوْ بِأَكْثَرِهِمَا إِنْ تَنَاسَبَتَا ﴾ .

هكذا قال الأصحاب . وقال فى الرعاية ، وقيل : المناسب هنا نوع من الموافق .

تنبيه : مراده بقوله « أعطى نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى » إذا كان يرث بهما متفاضلا ، كولد الميت أو ولد ابنه .

أما إذا ورث بكونه ذكراً فقط ـ كولد أخى الميت أو عمه ونحوه ـ فله نصف ميراث ذكر لاغير ، أو ورث بكونه أنثى فقط ـ كولد أب خنثى مع زوج وأخت لأبوين ونحوه ـ فله نصف ميراث أنثى لاغير . أو يكون الذكر والأنثى لاتفاضل بينهما ـ كولد الأم ـ فإنه يعطى سدساً مطلقاً ، أو كان الخنثى سيداً معتقاً . فإنه عصبة بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَا خُنْثَيَيْنِ فَأَكْثَرَ : نَزَّلْتَهُمْ بِعَدَدِ أَحْوَالِهِمْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم ابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال أبو الخطاب : ينزلهم حالين : مرة ذكوراً ، ومرة إناثاً . وقدمه فى الرعايتين .

وقال فى الفروع ، وقال ابن عقيل : تقسم التركة ، ولا توقف مع خنثى مشكل على الأصح .

وقال فى الفائق : وفيه وجه : ينزلون حالين فقط ، ذكوراً وإناثاً . اختاره أبو الخطاب ، مع مزاحمتهم مع غيرهم من وجه واحد .

وفيها وجه ثالث ، وهو : قسمة مستحقيهم بينهم على أنصبائهم منفردين .

فلو كان الوارث ابناً وولدين خنثيين : صحت من مائتين وأربعين ، على تنزيلهم على الأحوال . للابن ثمانية وتسعون ، ولكل خنثى أحد وسبعون .

وتصح على الحالين من أربعة وعشرين : عشرة للابن ، ولكل خنثى سبعة

وعلى الوجه الثالث : تصح من عشرة . للابن أربعة . ولكل خنثى ثلاثة .

ولو كان الوارث ولداً ، أو ولد ابن خنثيين وعمًّا : صَحَّت المسألة من أربعة وعشرين ، ثمانية عشر للولد ، وأربعة لولد الابن ، وسهمان للعم .

وعلى العمل بالحالين يسقط ولد الابن هنا ، لو كان مع ولد الصلب أخته . قاله في الرعاية الكبرى . وفي الصغرى « ولو كان » بزيادة واو .

فوائد

الأولى : لو أعطيت الخناثى اليقين قبل اليأس من انكشاف حالهم : نزلتهم بعدد أحوالهم ، بلا خلاف . وكذا حكم المفقود كما تقدم .

الثانية : لو صالح الخنثى المشكل من معه على ماوقف له : صح ، إن كان بعد البلوغ ، وإلا فلا .

الثالثة : قال المصنف : لقد وجدنا في عصرنا شيئاً لم يذكره الفرضيون . فإنا وجدنا شخصين ليس لهما في قبُلهما مخرج ، لا ذكر ، ولا فرج .

أما أحدهما : فذكروا أنه ليس له في قبله إلا لحمة ناتئة كالربوة . يرشح البول منها رشحاً على الدوام .

والثاني : ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين ، منه يتغوط ومنه يبول وسألت من أخبرني عن زيه ؟ فقال : يلبس لبس النساء ويخالطهن ، ويغزل معهن ، ويعد نفسه امرأة .

وحُدثت أن في بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلا ، لا قبل ولا دبر . وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه .

قال المصنف : فهذا — وما أشبهه — في معنى الخنثى ، لكنه لا يمكن اعتباره بمَباله فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل . انتهى .

وقال في الرعاية الكبرى ، في موضع : ومن له ثقب واحد يخرج منه البول والمني والدم : فله حكم الخنثى .

وقال في موضع آخر : وإن كان له ثقب واحد يرشح منه البول : فهو خنثى مشكل ، كما تقدم .

باب ميراث الغرقى ومن عُمّي موتهم

قوله ﴿ وَإذَا مَاتَ مُتَوَارِثَانِ ، وَجُهِلَ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا ، كَالْغَرْقَى وَالْهَدْمَى وَاخْتَلَفَ وَارِثُهُمَا فِى السَّابِقِ مِنْهُمَا ﴾ .

إذا مات متوارثان وجهل أولهما موتاً . فلا يخلو : إما أن يجهلوا السابق ويختلفوا فيه ، أو يجهلوا السابق ولا يختلفون فيه .

فإن جهلوا السابق ولم يختلفوا فيه ، فالصحيح من المذهب : أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله ، دون ماورثه من الميت . لئلا يدخله الدور . نص عليه .

قال المصنف هنا : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال : نص عليه . واختاره الأكثر . وهو من مفردات المذهب .

وخرج أبو بكر ومن بعده منع توارث بعضهم من بعض .

وهذا التخريج من المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فيما إذا اختلف ورثة كل ميت فى السابق منهما ، ولا بينة فى المسألة الآتية بعد هذه .

واختاره المصنف ، والمجد ، وحفيده الشيخ تقى الدين رحمهما الله ، وصاحب الفائق .

فائدة : لو عُلم السابق منهما موتاً ، ثم نسى ، أو جهلوا عينه ، فالصحيح من المذهب : أن حكمها حكم المسألة التى قبلها . وعليه أكثر الأصحاب .

قال القاضى : هو قياس المذهب .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

قال فى القواعد : هذا المذهب . وقيل : يعين بالقرعة .

وقال الأزجى : إنما لم تجزِ القرعة هنا : لعدم دخولها فى النسب .

قال القاضي : لايمتنع أن نقول بالقرعة هنا .

وذكر البوني : أنه يعمل باليقين ، ويقف مع الشك ، حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا . واختاره المصنف ، والشارح أيضاً .

والمسألة الثانية : إذا جهلوا السابق . واختلف وارثهما في السابق منهما ، ولا بينة ، أو كانت بينة وتعارضت : تحالفا . ولم يتوارثا . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال المصنف هنا : وهذا أحسن إن شاء الله تعالى .

واختاره الخرقي . وقدمه في الفروع ، وقال : اختاره الأكثر . وقدمه في الفائق ، والزركشي .

وقال جماعة : يتوارثان ، منهم أبو الخطاب .

قال القاضي في المجرد ، وابن عقيل : هذا قياس المذهب .

وجعله المصنف هنا ظاهر المذهب .

وقيل : يقرع بينهما .

قال ابن أبي موسى : القرعة تعين أسبقهما . وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف

وقال جماعة من الأصحاب : وإن تعارضت البينة ـ وقلنا بالقسمة ـ قسم بينهما مااختلفا فيه نصفين . قاله في القواعد .

والوجه الرابع ـ وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف ـ : أنه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعييه نصفين . وعليهما اليمين في ذلك . كما لو تنازعا دابة في أيديهما .

ويأتي هذا بعينه في كلام المصنف ، في « باب تعارض البينتين » .

فوائد

الأولى : لو عين الورثة موت أحدهما ، وشكوا ، هل مات الآخر قبله ،

أو بعده ؟ ورث من شُكَّ فى وقت موته من الآخر . لأن الأصل بقاؤه . وهذا المذهب . قدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا توارث بينهما .

قال فى المحرر : وهو بعيد .

قال فى الفائق : وهو ضعيف .

الثانية : لو تحقق موتهما معاً : لم يتوارثا اتفاقاً .

الثالثة ـ وهى غريبة ـ لو مات أخوان عند الزوال ـ أحدهما : بالمشرق ، والآخر : بالمغرب ـ ورث الذى مات بالمغرب من الذى مات بالمشرق ، لموته قبله . بناء على اختلاف الزوال . قاله فى الفائق .

وقال : ذكره بعض العلماء . قال : وهو صحيح .

قلت : فيعايى بها .

ولو ماتا عند ظهور الهلال ، قال فى الفائق : فتعارض فى المذهب . والمختار أنه كالزوال . انتهى .

فيعايى بها أيضاً على اختياره .

باب ميراث أهل الملل

قوله ﴿ لاَ يَرِثُ المسْلِمُ الْـكَافِرَ ، وَلاَ الْـكَافِرُ المسْلِمَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ يرث المسلم من قريبه الكافر الذمى . لئلا يمتنع قريبه من الإسلام ، ولوجوب نصرتهم ولا ينصروننا .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا إرث بينهما بالولاء . وهو إحدى الروايتين .

والصحيح من المذهب : أنه يرث بالولاء . قدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى « باب الولاء » .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يُسْلِمَ قَبْلَ قَسْمِ ميرَاثه ، فَيَرِثُهُ ﴾ .

وكذا لو كان مرتداً . على مايأتى فى كلام المصنف . وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى الرعايتين : هذا المذهب . قال الزركشى : هذا المشهور .

واختاره الشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق . وهو من المفردات .

وعنه : ﴿ لاَيَرِثُ ﴾ .

صححه جماعة . واختاره فى الفائق .

قال فى القاعدة الخامسة والأربعين بعد المائة : وحكى القاضى عن أبى بكر : أن الزوجين لايتوارثان بالإسلام قبل القسمة بحال .

قال : وظاهر كلام الأصحاب خلافه ، وأنه لافرق بين الزوجين وغيرهما .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه سواء كان المسلم زوجة أو غيرها ممن

يرث . وهو صحيح . وصرح به القاضي وغيره . ونص عليه في رواية البرزاطي مالم تنقضِ عدتها .

وقيل : لاترث الزوجة إذا أسلمت .

قال في الفائق : ولو كان المسلم زوجة : لم ترث في قول أبي بكر . وورثها القاضي .

وهو ظاهر كلام الخرقي . ذكره ابن عقيل .

قال في القواعد ـ بعد أن قطع بالأول ـ وعلى هذا : لو أسلمت المرأة أولاً ، ثم ماتت في مدة العدة : لم يرثها زوجها الكافر ، ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عند موتها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَ عَبْدٌ بَعْدَ مَوْتِ مُوَرِّثِهِ ، وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ : لَمْ يَرِثْ وَجْهًا وَاحِدًا ﴾ .

قال في الهداية ، وغيرها : رواية واحدة . وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : هذا المذهب .

وقدمه في الفائق ، وغيره . وصححه في الفروع ، وغيره .

وعنه : يرث . ذكرها ابن أبي موسى . وخرجه التميمي على الإسلام .

فائدة : قال في القاعدة السادسة والخمسين : ولو وجدت الحرية عقب موت الموروث ، أو معه ـ كتعليق العتق على ذلك أو دين ابن عمه ـ ثم مات : لم يرث . ذكره القاضي ، وصاحب المغني .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم : هل يكتفى بها ، أو يشترط تقدمها ؟ .

قوله ﴿ وَيرِثُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، إِنْ اتَّفَقَتْ أَدْيَانُهُمْ . وَهُمْ ثَلَاثُ مِلَلٍ : اليَهُودِيَّةُ ، والنَّصْرَانِيَّةُ ، وَدِينُ سَائِرِهِمْ ﴾ .

هذا إحدى الروايات .

قال الزركشى : هذا قول القاضى ، وعامة الأصحاب . وجزم به فى الوجيز .

وعنه : رواية ثانية : أنهم ملل شتى مختلفة . وهو الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر ، والمصنف ، والشارح . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

فعلى هذا : المجوسية ملة ، وعبدة الأوثان ملة ، وعباد الشمس ملة .

وعنه : أن الكفر ملة واحدة . اختاره الخلال . وقدمه ابن رزين فى شرحه

وعنه : اليهودية والنصرانية ملتان ، والمجوسية والصابئة ملة .

وقيل : الصابئة كاليهودية . وقيل : كالنصرانية .

وقد تقدم فى أول « باب عقد الذمة » أن الإمام أحمد رحمه الله قال : هم جنس من النصارى .

وقال فى موضع آخر : بلغنى أنهم يَسْبِتون .

وقيل : من لا كتاب له : ملة واحدة . وأطلقهن فى الفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَدْيَانُهُمْ : لَمْ يَتَوَارَثُوا ﴾ .

هذا المذهب . اختاره أبو بكر ، والشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

وعنه يتوارثون . جزم به فى المنور . واختاره الخلال .

وقدمه فى المحرر ، فقال : ويرث الكفار بعضهم بعضا ، وإن اختلفت مللهم وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو مقتضى كلام الخرقى .

وأطلقهما فى الكافى .

وقال القاضى : يتوارثون إذا كانوا فى دار الحرب .

تنبيه : الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى الملل .

فإن قلنا الملل مختلفة : لم يتوارثوا مع اختلافهم .

وإن قلنا الكفر كله ملة واحدة : توارثوا .

قوله ﴿ وَلاَ يَرِثُ ذِمِّيٌّ حَرْبِياً ، وَلاَ حَرْبِيٌّ ذِمِّيًا ﴾ .

ذكره القاضى ، وذكره أبو الخطاب فى التهذيب اتفاقا .

قال فى المحرر ، والفائق : لايتوارثون عند أصحابنا .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

قال الزركشى : منعه القاضى ، وكثير من الأصحاب .

ويحتمل أن يتوارثا . وهو المذهب . نص عليه فى رواية يعقوب .

وذكره القاضى فى التعليق .

وذكر أبو الخطاب فى الانتصار : أنه الأقوى فى المذهب .

قال المصنف : هو قياس المذهب . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

فائدة : يرث الحربى المستأمن وعكسه . ويرث الذمى المستأمن وعكسه . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال فى المنتخب : يرث المستأمن ورثته الذين بدار الحرب . لأنه حربى .

وقال فى الترغيب : هو فى حكم ذمى . وقيل : حربى .

قوله ﴿ وَالمرْتَدُّ لاَ يَرِثُ أَحَدًا ، إِلاَّ أَنْ يُسْلِمَ قَبْلَ قَسْمِ المِيراثِ ﴾ .

فإذا لم يسلم لم يرث أحدا . وإن أسلم قبل قسم الميراث : فحكمه حكم

الـكافر الأصلي إذا أسلم قبل قسم الميراث ، على ماتقدم خلافاً ومذهباً . فليماود .
وإرثه قبل قسم الميراث : من مفردات المذهب ، كما تقدم فى الـكافر الأصلى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ فِى رِدَّتِهِ فَمَالُهُ فَىْءٌ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية : على ذلك عامة أصحابنا

قال القاضى : هذا الصحيح من المذهب . وكذا قال الشارح فى باب المرتد .

وقال هنا : هذا المشهور .

قال الزركشى : اختاره القاضى ، وأصحابه ، وعامة الأصحاب .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الـكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وعنه : أنه لورثته من المسلمين . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وعنه : أنه لورثته من أهل الدين الذى اختاره .

قال الزركشى : بشرط أن لا يكونوا مرتدين .

وروى ابن منصور : أنه رجع عن هذا القول . وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب

فائدتان

إحداهما : الزنديق ـ وهو المنافق ـ كالمرتد على ماتقدم . على الصحيح من المذهب ، خلافاً ومذهباً .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يرث ويورث .

الثانية : كل مبتدع داعية إلى بدعة مُـكَفِّرَة : فماله فَيء . نص عليه فى الجهمى وغيره . وسيأتى ذلك فى باب موانع الشهادة .

وعلى الأصح من الروايتين : أو غير داعية . وهما فى غسله والصلاة عليه ، وغير ذلك .

ونقل الميمونى — فى الجهمى إذا مات فى قرية ليس فيها إلا نصارى — من يشهده ؟ قال : أنا لا أشهده . يشهده من شاء .

قال ابن حامد : ظاهر المذهب : خلافها ، على نقل يعقوب وغيره ، وأنه بمثابة أهل الردة فى وفاته وماله ونكاحه .

قال : وقد يتخرج على رواية الميمونى : أنه إن تولاه متول : فإنه يحتمل فى ماله وميراثه أهلَه : وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ المجُوسِيُّ ، أَوْ تحاكَمُوا إِلَيْنَا : وَرِثُوا بِجَمِيعِ قَرَابَاتِهِمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يرثون بأقواها . وهى مايرث بها مع مايسقط الأخرى . ذكرها حنبل . ومنعها أبو بكر .

فائدة : حكم ماإذا أولد المسلم ذات محرم وغيرها بشبهة تثبت النسب : حكم المجوس فى إرثهم بجميع قراباتهم . قاله الأصحاب .

وقال المصنف ، والشارح : وكذا الحكم فى كل من أجرى مجرى المجوس ممن ينكح ذوات المحرم .

باب ميراث المطلقة

قوله ﴿ وَإنْ طَلَّقَهَا فِى مَرَضِ الموْتِ المَخُوفِ طَلاقًا لا يُتَّهَمُ فِيهِ ، بأنْ سَألَتْهُ الطَّلاقَ ، أوْ عَلَّقَ طَلاقَهَا عَلَى فِعْلٍ لهَا مِنْهُ بُدٌّ ، فَفَعَلتْه ، أوْ عَلَّقَهُ فِى الصِّحَّةِ عَلَى شرْطٍ فوُجِدَ فِى المَرَضِ ، أوْ طَلَّقَ مَنْ لا تَرِثُ - كالأَمَةِ وَالذِّمِّيَّةِ - فَعَتَقَتْ وَأَسْلَمَتْ : فَهُوَ كَطَلاقِ الصَّحِيحِ . فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

ذكر المصنف هنا مسائل :

منها : إذا سألته الطلاق . فأجابها إلى سؤالها . أو علقه على فعل لها منه بد ففعلته عالمة فالصحيح من المذهب : أنه كطلاق الصحيح ، كما صححه المصنف هنا .

وصححه صاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمصنف ، والشارح وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والرواية الثانية : هو كطلاق متهم فيه . اختاره صاحب المستوعب ، والشيخ تقى الدين . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنها لو سألته أن يطلقها طلقة . فطلقها ثلاثا : أنه كطلاق الصحيح وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

قال أبو محمد الجوزى : إذا سألته الطلاق ، فطلقها ثلاثا : لم ترثه .

قال فى الفروع : وهو معنى كلام غيره .

وقد أحسن المصنف فى قوله « إن لم أطلقك : فأنت طالق » أنه إن علقه على فعلها ، ولا مشقة عليها فيه ، فأبت ذلك : لم يتوارثا .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ترث . لأنه متهم فيه . وقدمه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما : لو خالعته ، فهو كطلاق الصحيح . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وقيل : ترث منه .

الثانية : لو قذفها فى صحته ، ولاعنها فى مرضه مطلقا ـ وقيل : لنفى الحد ، لا لنفى الولد ـ أو علق طلاقها حالة الصحة على فعل لها لابد لهـا منه ، ففعلته فى المرض : ورثته فيهما . على أصح الروايتين . قاله فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

وعنه : لا ترث . وجزم به جماعة من الأصحاب فى المسألة الأولى .

ومن مسائل المصنف : إذا علقه فى الصحة على شرط ، فوجد فى المرض ، فالصحيح من المذهب : أنه كطلاق الصحيح . صححه المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الـكافى ، والمغنى ، والمحرر ، وغيرهم .

وعنه : أنه كمتهم فيه . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى الفروع : وإن علقه بشهر معلوم ، فجاء فى مرضه : فروايتان .

ومن مسـائل المصنف أيضاً : إذا طلق من لا ترث ـ كالأمة والذمية ـ فعتقت وأسلمت . فالصحيح من المذهب : أنه كطلاق الصحيح .

جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والشرح .

وعنه : أنه كطلاق متهم فيه . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

فوائد

الأولى : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُتَّهَمًا بِقَصْدِ حِرْمَانِهَا الْمِيرَاثَ : وَرِثَتْهُ مَا دَامَتْ فِى الْعِدَّةِ ﴾ .

فمن ذلك : لو أقر فى مرضه أنه أبانها فى صحته . فهذا متهم فيه . فترثه . على الصحيح من المذهب .

وقطع به المصنف فى هذا الكتاب . فى كتاب الإقرار .

وقال فى المنتخب للشيرازى : لا ترثه .

قلت : وهو بعيد .

ومن ذلك : لو وطىء حماته : لم يقطع إرث زوجته . لكن يشترط أن يكون عاقلا . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لابد أن يكون مكلفاً . جزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية . لو وكل فى صحته من يبينها متى شاء ، فأبانها فى مرضه : لم يقطع ذلك إرثها منه .

الثالثة : قوله ﴿ أَوْ عَلَّقَهُ عَلَى فِعْلٍ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ، كَالصَّلَاةِ وَنَحْوِهَا ﴾

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : وكلام أبويها ، أو أحدهما .

قال الأصحاب : لابد لها منه شرعاً ، كما مثل . أو عقلا ، كأكل وشرب ، ونوم ونحوه .

قوله ﴿ وَرِثَتْهُ مَا دَامَتْ فِى الْعِدَّةِ . وَلَمْ يَرِثْهَا ﴾ هو بلا نزاع

﴿ وَهَلْ تَرِثُهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ ، أَوْ تَرِثُهُ الْمُطَلَّقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا فعل فعلا يتهم فيه بقصد حرمانها . فإنها ترثه مادامت فى العدة . بلا نزاع . وَلَا يَرِثُهَا هُوَ . بلا نزاع . وَهَلْ تَرِثُهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ أَوْ تَرِثُهُ الْمُطَلَّقَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ ؟ .

أطلق المصنف فيه روايتين . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى . وأطلقهما فى النظم فى الأولى .

إحداهما : ترثه بعد العدة ، ولو كانت غير مدخول بها ، مالم تتزوج . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : نقله ـ واختاره ـ الأكثر .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى المذهب : هذا أصح الروايتين .

قال أبو بكر : لايختلف قول أبى عبد الله فى المدخول بها : أنها ترثه فى العدة وبعدها . مالم تتزوج . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : لاترثه . واختاره فى التبصرة ، فى المدخول بها .

وصححه فى النظم فيها . وقدمه فيهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهو ظاهر ماقدمه المصنف فى آخر الباب . حيث جعل الميراث للزوجات اللاتى فى عصمته . ولم يعط المطلقات شيئاً ، فيما إذا طلق أربعاً ، وانقضت عدتهن ، وتزوج بعدهن أربعاً . ومات عنهن .

قال أبو بكر : إذا طلق ثلاثاً قبل الدخول فى المرض : فيها أربع روايات .

إحداهن : لها الصداق كاملا ، والميراث . وعليها العدة . واختاره .

قال المصنف ، وغيره : وينبغى أن تكون العدة عدة وفاة .

قلت : فيعايى بها فى الصداق .

والثانية : لها الميراث والصداق . ولا عدة عليها .

والثالثة : لها الميراث ونصف الصداق . وعليها العدة .

والرابعة : لاترث ولا عدة عليها . ولها نصف الصداق . انتهى .

ويعايى بها ، حيث أوجبنا العدة .

وأطلق فى تكميل المهر وعدمه الروايتين فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدم تكميل المهر ابن رزين فى شرحه . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

وظاهر كلام أكثر الأصحاب : أنه لا يكمل . لما ذكروه فى الصداق .

تنبيه : حيث قلنا : ترث . فإنه يشترط أن لا ترتد . فإن ارتدت : لم ترث . قولا واحداً .

فلو أسلمت بعده : لم ترث أيضاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والفائق ، وصححه .

وعنه : ترث . وأطلقهما فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ فَإِنْ أَكْرَهَ الابْنُ امْرَأَةَ أَبِيهِ فِي مَرَضِ أَبِيهِ عَلَى مَا يَفْسَخُ نِكَاحَهَا : لَمْ يَنْقَطِعْ مِيرَاثُهَا ﴾ .

مراده : إن كان الابن عاقلا .

وقوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ امْرَأَةٌ سِوَاهَا ﴾ .

مقيد بما إذا لم يتهم فيه ، مع وجود امرأة سواها . وهو واضح .

والصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أن الاعتبار بحالة الإكراه .

وذكر بعضهم : إن انتفت التهمة بقصد حرمانها الإرث ، أو بعضه : لم ترثه فى الأصح .

قال فى الفروع ، ويتوجه منه : لو تزوج فى مرضه مضارة ، لينقص إرث غيرها ، وأقرت به : لم ترث .

ومعنى كلام شيخنا رحمه الله تعالى ـ وهو ظاهر كلام غيره ـ : ترثه . لأن له أن يوصى بالثلث .

تنبيه : مفهوم قوله « فإن أكره » أنها لو كانت مطاوعة : أنها لاترث . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه : ترث .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَتْ فِي مَرَضِ مَوْتِهَا مَا يَفْسَخُ نِكَاحَهَا : لَمْ يُسْقِطْ مِيرَاثَ زَوْجِهَا ﴾ .

مراده : مادامت فى العدة . ومراده أيضاً : إذا كانت متهمة فى فسخه .

أما إذا كانت غير متهمة ـ كفسخ المعتقة إذا كانت تحت عبده ـ : فالصحيح من المذهب : انقطاع الإرث .

وعنه : لاينقطع . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قوله ﴿ وَإِذَا طَلَّقَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِى مَرَضِهِ ، فَانْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ . وَتَزَوَّجَ أَرْبَعاً سِوَاهُنَّ : فَالْمِيرَاثُ لِلزَّوْجَاتِ . وَعَنْهُ : أَنَّه لِلثَّمَانِ ﴾ .

اعلم أن الخلاف الذى ذكره المصنف هنا : مبنى على الخلاف الذى تقدم فى المطلقة المتهم فى طلاقها ، إذا انقضت عدتها ، ولم تتزوج ، ولم ترتد ، عند جماهير الأصحاب . و بنوه عليه .

وتقدم هناك : أنها ترث . على الصحيح من المذهب ، مالم تتزوج . فـكذا هنا

فعلى هذا : يكون الميراث للثمان . على الصحيح من المذهب .

فلو كانت المطلقة المتهم فى طلاقها واحدة ، وتزوج أربعاً سواها ، ولم تتزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها حتى مات الزوج : كان الميراث بين الجهتين . على السواء على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : ربعه للمطلقة ، وثلاثة أرباعه للأربع ، إن تزوجهن فى عقد واحد . وإلا فللثلاث السوابق . اختاره فى المحرر ، والفائق . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى النظم . وقدمه فى تجريد العناية .

وقال فى الرعاية ، وقيل : يحتمل أن كله للبائن . انتهى .

ولو كان مكان المطلقة أربعاً . فطلقهن ، وتزوج أربعاً سواهن ـ كما مثل المصنف ـ فالميراث للثمان . على الصحيح من المذهب . كما تقدم . وللمطلقات ، على اختيار صاحب المحرر ، والفائق .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم . وقدمه فى تجريد العناية .

وللزوجات فقط ، على القول بأن المطلقات لايرثن شيئاً .

وهو الذى قدمه المصنف هنا . واختاره هو والشارح .

ورد المصنف قول من يقول : إن الإرث للثمان ، أو للمطلقات .

وظاهر كلام من يقول ذلك : عدم البناء .

فلو ماتت إحدى المطلقـات ، أو تزوجت . فقسطها للزوجات المتجددات . إن تزوجهن فى عقد واحد . و إلا قدمت السابقة إلى كمال أربع بالمبتوتة .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله تعـالى ـ بقوله « وتزوج أربعاً سواهنَّ ، فالميراث للزوجات ، وعنه : أنه بين الثمان » أن نكاحهن صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه : لا يصح .

فوائد

إحداها : لو طلق واحدة من أربع ، وتزج واحدة بعد انقضاء عدتها . ثم مات واشتبهت المطلقة : أقرع بينهن . فمن قرعت فلا حظ لها فى الميراث . ويقسم الميراث بين الأربع . فتستحق الجديدة الربع . نص عليه .

قال فى الفروع : وإن مات عن زوجات لا ترثه بعضهن ، لجهل عينها : أخرج الوارثات بقرعة . انتهى .

وهذه القرعة هنا من مفردات المذهب .

الثانية : لو ادعت المرأة : أن زوجها أبانها ، وجحد الزوج . ثم مات : لم ترثه المرأة إن دامت على قولها .

الثالثة : لو قبلها فى مرض الموت ، ثم مات : لم ترثه ، لخروجها من حيز التملك والتمليك . ذكره ابن عقيل ، وغيره .

وقال فى الفروع : ويتوجه خلاف . كمن وقع فى شبكة صيد بعد موته .

وتقدم : هل تدخل الدية فى الوصية فى « باب الموصى به » .

باب الإقرار بمشارك فى الميراث

فائدة قوله ﴿ إِذَا أَقَرَّ الوَرَثَةُ كُلُّهُمْ ﴾ .

يعنى : ولو كان الوارث واحداً ﴿ بِوَارِثٍ للميِّتِ ﴾ .

سواء كان من حرة ، أو أمة . نقله الجماعة .

﴿ فَصَدَّقَهُمْ ، أَوْ كَانَ صَغِيراً ﴾

وكذا لو كان مجنوناً ﴿ ثَبَتَ نَسَبُهُ ﴾

ولكن بشرط أن يكون مجهول النسب .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الإقرار بأتم من هذا .

ويأتى أيضاً هناك : إذا أقر المريض لوارث ، وبعده : إذا أقر من عليه الولاء بوارث .

فائدة : قوله ﴿ يُعْتَبَرُ إِقْرَارُ الزَّوْجِ وَالموْلَى المعتَقِ ﴾ .

إذا كانا من الورثة . ولو كانت بنتاً : صح ، لإرثها بفرض ورد .

قوله ﴿ سَوَاءٌ كَانَ المُقَرُّ بِهِ يَحْجُبُ المقِرَّ أَوْ لاَ يَحْجُبُهُ ﴾ .

أما إذا كان لا يحجبه مطلقاً ، أو كان يحجبه حجب نقصان : فلا خلاف فى ذلك . وهو واضح .

وأما إذا كان يحجبه حجب حرمان ، فالصحيح من المذهب : أن المقر به يرث إذا ثبت النسب . اختاره ابن حامد ، والقاضى .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

وقد شمله كلام المصنف فى قوله ﴿ ثبت نسبه وإرثه ﴾ .

وقيل : لا يرث مسقط . اختاره أبو إسحاق .

وذكره الأزجى عن أصحابنا غير القاضى . وقال : إنه الصحيح .

فعلى هذا : هل يقر نصيب المقر به بيد المقر ، أو ببيت المال ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، والرعاية الكبرى . وهو الذى خرجها .

قلت : الصواب : أنه يقر بيد المقر . وهى شبيهة بما إذا أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدقه . على ما يأتى فى آخر كتاب الإقرار .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ﴾ .

إذا كان البعض الذى لم يقر وارثاً . أما إذا كان المنكر لايرث لمانع به — كارق ونحوه — فلا اعتبار بإنكاره ، ويرث . قاله فى الفروع ، وغيره .

قلت : الذى يظهر أنه لم يدخل فى كلام المصنف .

لأن قوله « وإن أقر بعضهم » يعنى بعض الورثة . وهذا ليس من أهل الورثة . للمانع الذى به

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ : لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ ﴾ .

يعنى مطلقاً . بل يثبت نسبه من المقرين الوارثين . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيره .

وقيل : لايثبت . جزم به الأزجى ، وغيره .

فلو كان المقر به أخا ، ومات المقر عن بنى عم : ورثوهم .

وعلى الأول : يرثه الأخ . وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً ، فتثبت العمومة ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى الفروع ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، فى كتاب الإقرار .

وظاهر ما قدمه فى الرعايتين ، والحاوى : أنه يثبت . فإنهما قالا : ويثبت نسبه وإرثه ، من المقرِّ لو مات .

وقيل : لا يثبتان . انتهى .

وصححه فى التلخيص . وفى الانتصار خلاف ، مع كونه أكبر سناً من أبى المقر ، أو معروف النسب . انتهى .

ولو مات المقر ، وخلفه ، والمنكر : فإرثه بينهما . فلو خلفه فقط : ورثه .

وذكر جماعة إقراره له كوصية . فيأخذ المال فى وجه ، وثلثه فى آخر .

وقيل : المال لبيت المال .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُه ﴾

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وعنه : إن أقر اثنان منهم على أبيهما بدين ، أو نسب : ثبت فى حق غيرهم إعطاء له حكم شهادة وإقرار .

وفى اعتبار عدالتهما الروايتان . قاله فى الفروع .

قال فى الفائق : فى ثبوت النسب والإرث ، بدون لفظ الشهادة : روايتان . وهما بإقراره بدين على الميت .

قال القاضى : وكذلك يخرج فى عدالتهما . ذكره أبو الحسين فى التمام .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ مِنْهُمْ عَدْلاَنْ : أَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، أَوْ أَنَّ الميِّتَ أَقَرَّ بِهِ ﴾ .

وكذا لو شهد أنه ولده . فإنه يثبت نسبه وإرثه . بلا نزاع .

فائدة : لو صدقه بعض الورثة إذا بلغ ، أو عقل : ثبت نسبه ، فلو مات وله وارث غير المقر : اعتبر تصديقه ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَإِذَا خَلَفَ أَخًا مِنْ أَبٍ ، وَأَخًا مِنْ أُمٍّ . فَأَقَرَّ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ : ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَأَخَذَ مَافِى يَدِ الأَخِ مِنَ الأَبِ ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . بناء منهم على المذهب . وعليه الأصحاب

وقال أبو الخطاب فى الهداية : يأخذ نصفه ، وقطع به .

قال فى المحرر : وهو سهو .

قوله ﴿ فَلَوْ خَلَّفَ ابنَيْنِ ، فَأَقَرَّ أحدُهما بأخوَيْنِ ، فَصدَّقَهُ أَخُوهُ فِي أَحدِهِما : ثَبَتَ نَسبُ المُتَّفَق عَلَيْه ، فصارُوا ثلاثةً . ثُمَّ تُضْرَبُ مَسْأَلَةُ الإقْرارِ فِي مَسْأَلَةِ الإنْكَارِ . تَكُنْ اثنَيْ عَشَرَ . للمُنْكِرِ سَهْمٌ مِنَ الإنْكَارِ فِي الإقْرَارِ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلمُقِرِّ سَهْمٌ مِنَ الإقْرارِ فِي مَسْأَلَةِ الإنْكَارِ ثلاثةٌ . ولِلْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ـ إنْ صَدَّقَ المُقِرَّ ـ مِثْلَ سَهْمِه . وَإِنْ أَنْكَرَهُ : مِثْلَ سَهْمِ المُنْكِرِ . وَمَا فَضَلَ لِلمُخْتَلَفِ فِيهِ ، وَهُوَ سَهْمَانِ فِي حَالِ التَّصْدِيقِ . وَسَهْمٌ فِي حَالِ الإنْكَارِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . وصححاه .

وقدمه أيضاً فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : لا يأخذ المتفق عليه من المنكر ، فى حال التصديق إلا ربع ما فى يده . وصححها من ثمانين . للمنكر ثلاثة ، وللمختلف فيه سهم . ولكل واحد من الآخرين سهمان .

ورده المصنف ، والشارح ، وضعفه الناظم .

قوله ﴿ وَإنْ خَلَّفَ ابناً ، فأقرَّ بِأخوَيْنِ بِكَلامٍ مُتَّصِلٍ : ثَبَتَ نَسَبُهُما وإرْثُهُما ، سَوَاءٌ اتَّفَقَا أَوِ اخْتَلَفَا ﴾ .

هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه فى الهداية ، والمغنى ، والشرح . وصححاه .

وقدمه أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

ويحتمل أن لا يثبت نسبهما مع اختلافهما . وهو لأبى الخطاب فى الهداية . واختاره بعض الأصحاب .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفائق .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يكونا توأمين . فإن كانا توأمين : فإن نسبهما يثبت . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا بَعْدَ الآخَرِ : أُعْطِىَ الأَوَّلُ نِصْفَ مَا فِى يَدِهِ . وَالثَّانِى : ثُلُثُ مَا بَقِيَ فِى يَدِهِ ، إِذَا كَذَّبَ الأَوَّلُ بِالثَّانِى . وَثَبَتَ نَسَبُ الأَوَّلِ . وَوَقَفَ ثُبُوتُ نَسَبِ الثَّانِى عَلَى تَصْدِيقِهِ . وَلَوْ كَذَّبَ الثَّانِى بِالأَوَّلِ ـ وَهُوَ مُصَدِّقٌ بِهِ ـ ثَبَتَ نَسَبُ الثَّلَاثَةِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يسقط نسب الأول ، ويأخذ الثانى ثلثى مافى يده وثلث مافى يد المقر

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُ الوَرَثَةِ بِامْرَأَةٍ لِلْمَيِّتِ : لَزِمَهُ مِنْ إِرْثِهَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ﴾ .

يعنى يلزمه ما يفضل فى يده لها عن حصته . كما ذكره فى الإقرار بغيرها .

وهذا بلا خلاف . لكن لو مات المنكر ، فأقر بها ابنه : ففى تكميل إرث الزوجة وجهان .

وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : الأولى التكميل .

فإن لم يخلف المنكر إلا الأخ المقر : كمل الإرث . على الصحيح . صححه فى الرعاية الكبرى .

قال فى التلخيص : فالأصح أنه يثبت الميراث . وقيل : لا يكمل .

وأما إن مات قبل إنكاره : فإن إرثها يثبت جزم به فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ رَجُلٌ : مَاتَ أَبِى ، وَأَنْتَ أَخِى . فَقَالَ : هُوَ أَبِى وَلَسْتَ بِأَخِى : لَمْ يُقْبَلْ إِنْكَارُهُ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : المال كله للمقر به . وهو احتمال فى الرعاية ، وقال : و يحتمل أن المال كله للمقر .

فائدة : وكذا الحكم لو قال : مات أبونا ، ونحن أبناؤه

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : مَاتَتْ زَوْجَتِى ، وَأَنْتَ أَخُوهَا . فَقَالَ : لَسْتَ بِزَوْجِهَا : فَهَلْ يُقْبَلُ إِنْكَارُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمحرر ، والفائق ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : يقبل إنكاره ، وهو المذهب .

قال فى الفروع : قبل إنكاره فى الأصح وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والثانى : لا يقبل إنكاره . صححه فى التصحيح ، والنظم .

قوله ﴿ يَبْقَى سَبْعَةٌ لَا يَدَّعِيهَا أَحَدٌ . فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ﴾ .

وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وشرح ابن منجا ، والفائق

أحدها : يقر في يد المقر . وهو المذهب . صححه في التصحيح ، وغيره .

وجزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الرعايتين . والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع .

والثانى : يؤخذ إلى بيت المال .

والثالث : يقسم بين المقرة والزوج والأختين من الأم ، على حسب مايحتمل أنه لهم وإليه ميل الشارح .

فعليه : يكون للمقرة النصف . وللزوج والأختين من الأم : النصف بينهم على خمسة . لأن له النصف ، ولهما الثلث .

باب ميراث القاتل

قوله ﴿ كُلُّ قَتْلٍ مَضْمُونٍ بِقِصَاصٍ أَوْ دِيَةٍ ، أَوْ كَفَّارَةٍ : يَمْنَعُ القَاتِلَ مِيرَاثَ المَقْتُولِ ، سَوَاءٌ كَانَ عَمْدًا أَوْ خَطَئًا ، بِمُبَاشَرَةٍ أَوْ سَبَبٍ . وَسَوَاءٌ انفَرَدَ بِقَتْلِهِ أَوْ شَارَكَ ﴾ .

هذا المذهب فى ذلك كله . حتى لو شربت دواء فأسقطت جنينها : لا ترث من الغُرَّة شيئاً . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

وقيل : من أدب ولده فمات بذلك : لم يرثه .

وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقدمه فى الرعاية الكبرى . واختار فيها كالمذهب .

وقيل : إن سقاه دواء ، أو فصده ، أو بَطَّ سلعته لحاجته : فوجهان . وأن فى الحافر احتمالين .

ومثله : نصب سكين ، ووضع حجر ، ورش ماء ، وإخراج جناح . وهذا كله طريقته فى الرعاية الكبرى .

قال المصنف ، والشارح : لو قصد مصلحة موليه بسقى دواء ، أو بَطِّ جراح . فمات : ورثه فى ظاهر المذهب .

وذكر ابن أبى موسى فيه وجهين .

وكذا لو أمره كبير عاقل ببط جراحة ، أو قطع سلعة . قاله المصنف ، والشارح وقالا : هذا ظاهر المذهب أيضاً .

قوله ﴿ صَغِيرًا كَانَ القَاتِلُ أَوْ كَبِيرًا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وذكر أبو الوفاء بن عقيل ، وأبو يعلى : أن أحد طريق بعض أصحابنا توريث من لاقصد له ، كالصبى والمجنون .

وإنما يُحرم الإرث : من يتهم دون غيره . والنص خلاف ذلك .

وحكى ابن عقيل فى مفرداته ، وعُمد الأدلة وجها : أن قتل الصبى والمجنون لايمنع الإرث . قال : وهو أصح عندى .

قوله ﴿ وَمَا لَمْ يُضْمَنْ بِشَىْءٍ مِنْ هَذَا ، كَالْقَتْلِ قِصَاصًا ، أَوْ حَدًّا ، أَوْ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، وَقَتْلِ الْبَاغِي العادلَ ، وَالعَادِلِ الْبَاغِي : فَلَا يَمْنَعُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَى قَاتِلِه . فَإِنَّ الْقَاتِلَ يَرِثُ مِنْهُ ﴾ .

نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

واعلم أنه إذا قتل العادلُ الباغى : فإنه يرثه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره . وصححه فى الفائق ، وغيره .

وعنه لايرث . اختاره ابن حامد . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وأطلقهما فى المذهب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال المصنف : فيخرج منه : أن كل قاتل لايرث .

واختار المصنف ، وغيره : إن جَرَحه العادلُ ، ليصير غير ممتنع : ورثه . لا إن تعمد قتله ابتداء .

قال فى الفروع : وهو متجه .

وأما إذا قتل الباغى العادلَ ، فقدم المصنف : أنه لايمنع الإرث . وهو المذهب قال فى المحرر : لايمنعه الإرث على الصحيح .

قال فى الفائق : لايمنع الإرث فى الأصح .

قال فى النظم : هذا أولى . وجزم به فى الوجيز .

قال الزركشى : وصححه أبو الخطاب فى الهداية . وكلامه محتمل .

وعنه : يمنع الإرث جزم به فى التبصرة ، والترغيب ، والمذهب ، والقاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والمصنف فى المغنى ـ فى قتال أهل البغى ـ ونصره جماعة من الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

باب ميراث المعتق بعضه

قوله ﴿ لَا يَرِثُ الْعَبْدُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه يرث عند عدم وارث . ذكرها ابن الجوزى فى المذهب ، وأبو البقاء فى الناهض . قاله فى الفروع . ولم أرها فى المذهب .

وتقدم قول فى أول كتاب الفرائض : إن العبد يرث سيده عند عدم الوارث

وقيل : فى المكاتب خاصة ـ يموت له عتيق ، ثم يؤدى فيعتق ـ : يأخذ إرثه بالولاء . ذكره فى المحرر .

يعنى إن جعلنا الولاء له على ما يأتى .

قوله ﴿ فَأَمَّا الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ : فَمَا كَسَبَ بِجُزْئِهِ الْحُرِّ : فَلِوَرَثَتِهِ ﴾ .

سواء كان بينهما مهاياة ، أو قاسمه السيد فى حياته ، أو لا .

قوله ﴿ وَيَرِثُ وَيَحْجُبُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ﴾ .

وهو من مفردات المذهب

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن إرث المعتق بعضه له خاصة . وهو صحيح وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : هو الصواب .

وقال بعض الأصحاب : ما يرثه المعتق بعضه : يكون مثل كسبه . إن لم يكن بينه و بين سيده مهايأة : كان بينهما . و إن كان بينهما مهايأة : فهل هو لمن الموت فى نو بته ، أو بينهما ؟ على وجهى الأكساب النادرة .

إذا علمت ذلك : فالتفريع على المذهب .

فلو كانت بنت نصفها حر ، وأم وعم حران : كان للبنت الربع . وللأم الربع بحجبها لها عن نصف السدس . وللعم سهمان . وهو الباقى .

وتصح من أربعة . فلو كان مكان البنت : ابن نصفه حر ، فله هنـا نصف ماله لو كان حراً . فيستحق ربعاً وسدساً من المـال . لأنه لو كان حراً كان له خمسة أسداسه . وهو الصحيح من المذهب . وهو الذى ذكره إبراهيم الحربى فى كتاب الفرائض .

واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وصححه فى المحرر ، والحاوى الصغير . وجزم به فى المنور . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : له نصف الباقى بعد ربع الأم . اختاره أبو بكر ، والقاضى فى خلافه . قاله فى القواعد

قال فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوى : وفيه بعد .

قال فى الرعايتين : وهو بعيد . وقيل : له نصف المال كاملا .

قال فى القاعدة الخامسة عشر بعد المائة : ورجحه الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكر أنه اختيار أبيه .

وأطلقهن فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، والقواعد .

وكذا الحكم والخلاف فى كل عصبة نصفه حر مع ذى فرض ينقص به . فإن لم ينقص به ــ كجده وعمه مع ابن نصفه حر ــ فعلى الثالث : له نصف المال . وعلى الآخرين : له نصف الباقى . وهو الصحيح .

قال فى المحرر ، والحاوى الصغير : وهو أصح . وقدمه فى الرعايتين .

ولو كان معه من يسقطه بحريته التامة ــ كأخت وعم حرين ــ فللابن النصف . وللأخت نصف مابقى فرضاً ، وللعم مابقى .

هذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وقدم فى المغنى : أن للأخت النصف كاملاً .

قلت : وهو ضعيف جداً .

قلت : قد يعايى بها .

فائدة : لو كان أحد الأخوين حراً ، والآخر نصفه حر : فالمال بينهما أرباعاً على الصحيح من المذهب ، تنزيلا لهما بالأحوال والخطاب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

وقيل : المال بينهما ثلاثا ، جمعا للحرية فيهما ، وقسمة لإرثهما كالعول .

قوله ﴿ وَإذَا كَانَ عَصبَتَانِ ، نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ منْهُمَا حُرٌّ ، كالأَخَوَيْنِ فَهَلْ تَـكْمُلُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية . وأطلقهما فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية ، والفروع .

أحدهما : لاتـكمل . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

والوجه الثانى : تـكمل الحرية . فلهما جميع المال .

قال فى القاعدة الخامسة عشر بعد المائة : ورجحه القاضى ، والسامرى ، وطائفة من الأصحاب . وله مأخذان .

أحدهما : جمع الحرية فيهما . فتكمل بها حرية ابن . وهو مأخذ أبى الخطاب وغيره .

والثانى : أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته فى جميع المال ، لا فى نصفه وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له . وحينئذ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال . وهو نصف حقه مع كمال حريته . فلم يأخذ زيادة على قدر مافيه من الحرية .

فعلى المذهب : لهما ثلاثة أرباع المال بالأحوال والخطاب . وهذا الصحيح وقاله فى المستوعب . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر .

وقيل : لهما نصفه بتنزيلهما حريةً ورقًا .

وأطلقهما فى القواعد الفقهية ، والفروع .

والتفريع على هذا الخلاف ، وهو ثلاثة أوجه : ثلاثة أرباع المال ، أو نصفه ، أو كله .

فلو كان ابن و بنت نصفها حر ، وعم حر .

فلهما ـ على الأول ـ خمسة أثمان المال على ثلاثة . ونصف المال على الثانى . وثلاثة أرباعه على الثالث .

ولو كان معهما أم : فلها السدس ، على الوجوه كلها .

وللابن على الأول : خمسة وعشرون من أصل اثنين وسبعين . وللبنت أربعة عشر .

وعلى الثانى : هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المـال ، أو ثلاثة أرباع الباقى على وجهين .

وعلى الثالث : هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المال ، أو ثلاثة أرباع الباقى بعد السدس على وجهين .

ولو كان أحدهما يحجب الآخر ـ كابن وابن ابن نصفهما حر ـ وهى مسألة المصنف .

فللابن النصف . ولابن الابن على الأول الربع . وعلى الثالث : النصف . واختاره أبو بكر . ولاشىء له على الأوسط .

ولو كان جدة حرة وأم نصفها حر ، فللأم السدس . وللجدة نصف السدس .

ولو كان الجدة نصفها حر : كان لها ربع السدس على الأول . ونصف السدس على الثالث . ولا شىء لها على الأوسط .

ولو كان أم وأخوان ، أحدهما رق : كان للأم الثلث . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وحجبها أبو الخطاب بقدر حريته . فبنصفها يحجبها عن نصف السدس .

فائدة : يُرَدُّ على ذى فرض وعصبة لم ترث بقدر نسبة الحرية منهما . لكن

أيهما استكمل بالرد أزيد من قدر حريته من نفسه : منع من الزيادة . وردت على غيره إن أمكن . وإلا فهى لبيت المال .

فلبنت نصفها حر : النصف بالفرض والرد .

ولابن مكانها نصفه حر : النصف بالعصوبة ، والبقية لبيت المال .

ولا بنين نصفهما حر – إن لم نورثهما المال – : البقية ، مع عدم العصبة .

أعنى : لهما البقية بالرد ، سواء ورثناهما النصف فقط ، أو النصف والربع .

ولبنت وجدة نصفها حر : المال ، نصفين بفرض ورد .

ولا يرد هنا على قدر فرضيهما ، لئلا يأخذ مَنْ نصفه حر فوق نصف التركة .

ومع حرية ثلاثة أرباعهما : المال بينهما أرباعا بقدر فرضيهما .

ومع حرية ثلثهما : الثلثان بينهما . والبقية لبيت المال .

باب الولاء

قوله ﴿ كُلُّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ بِرَحِمٍ ، أَوْ كِتَابَةٍ : فَلَهُ عَلَيْهِ الوَلَاءُ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا عتق عليه بالرحم : يكون له عليه الولاء . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال المصنف : لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً .

وقيل : حكمه حكم المعتق سائبة ، على ما يأتى .

والصحيح من المذهب : أنه إذا عتق عليه بالكتابة : يكون له عليه الولاء . وكذا لو أعتقه بعوض . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليهما .

وقيل : لاولاء له عليهما .

وعنه فِي الْمُكَاتِبِ ﴿ إِذَا أَدَّى إِلَى الْوَرَثَةِ : يَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ . وَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمَا . يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا ﴾ .

وفى التبصرة وجه : إن أدى إليهما يكون ولاؤه للورثة .

وفى المبهج : إن أعتق كل الورثة المكاتب : نفذ ، والولاء للرجال . وفى النساء روايتان .

فائدة : إذا كاتب المكاتب عبداً . فأدى إليه ، وعتق قبل أدائه ، أو أعتقه بمال . وقلنا : له ذلك .

فظاهر كلام المصنف : أن ولاءه للمكاتب . وهو قول القاضى فى المجرد .

وقيل : للسيد الأول . وهو يحكى عن أبى بكر . ورجحه القاضى فى الخلاف .

حتى حكى عنه : أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثانى : فالولاء للسيد . لانعقاد سبب الولاء ، حيث كان المكاتب ليس أهلاً له .

ورد ماحكاه القاضى عن أبى بكر فى القاعدة السادسة عشر بعد المائة .

تنبيه : شمل قوله « كل من أعتق عبداً ، أو عتق عليه فله عليه الولاء » الـكافر لو أعتق مسلماً . أو عتق عليه . وهو صحيح . وهو من مفردات المذهب . وجزم به ناظمها .

ويأتي في كلام المصنف « هل يرث به أم لا ؟ » .

فائدة : لو أعتق القن عبداً مما ملـكه ، فحكى المصنف في المغنى عن طلحة العاقولى من أصحابنا : أنه موقوف ، فإن عتق فالولاء له . وإن مات قِناً فهو للسيد .

وقال القاضي في المجرد : الولاء للسيد مطلقاً . وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . قاله في القاعدة السادسة عشر .

قوله ﴿ وَمَنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ حُرَّ الأَصْلِ ، وَلَمْ يَمَسَّهُ رِقٌّ : فَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به في المغنى ، والشرح . وقدمه في المحرر ، والفروع .

وعنه : إن كانت أمه حرة الأصل ، وأبوه عتيق : فلمولى أبيه الولاء .

وجزم به في الوجيز . وقدمه في الرعايتين ، وقال : نص عليه .

وحكى الأول قولاً . وأطلقهما في الحاوى الصغير .

فائدة : لو كانت أمه عتيقة ، وأبوه مجهول النسب : فلا ولاء عليه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغنى ، والشرح . وصححه في النظم .

وقال القاضي : لموالى أمه الولاء عليه .

قال الخيرى : وهو قول الإمام أحمد رحمه الله .

قال في الفروع : وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به ابن عقيل في الفصول .

فقال : فإن تزوج حر مجهول النسب بمعتقة . فأولدها ولداً : كان ولاء ذلك الولد لموالى أمه .

ولو كان الأب مولى ، والأم مجهولة النسب : فلا ولاء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى : فلا ولاء عليه فى قولنا . وقاله غيره .

وقياس قول القاضى : أن يثبت الولاء لموالى أبيه . لأنا شككنا فى المانع من ثبوته .

قوله ﴿ وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً ، أَوْ فِى زَكَاتِهِ ،أَوْ نَذْرِهِ ،أَوْ كَفَّارَتِهِ أَوْ قَالَ : لاَ وَلاَءَ لِى عَلَيْكَ . ففيه روايتان ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والهادى .

إحداهما : عليه الولاء . وهو المذهب عند المتأخرين .

صححه فى التصحيح ، والنظم .

قال فى تجريد العناية : له الولاء . على الأظهر .

قال فى المذهب : أصحهما الولاء لمعتقه فيما عِتقُه عن كفارته أو نذره .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : لا ولاء عليه .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . منهم : الخرقى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازى ، وابن عقيل ، وابن البنا .

وقطع فى المذهب : أنه لا ولاية له عليه ، إذا أعتقه سائبة ، أو قال : لا ولاء لى عليك .

وقيل : له الولاء فى السائبة ، دون غيره . اختاره المصنف ، والشارح .

وقال الزركشى : المختار للأصحاب : لاولاء له على السائبة .

قوله ﴿ وَمَا رَجَعَ مِنْ مِيرَاثِهِ رُدَّ فِى مِثْلِهِ ﴾ .

يعنى : على القول بأنه لا ولاء له عليه .

﴿ يَشْتَرِى بِهِ رِقَاباً يَعْتِقُهُمْ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وجزم به الخرقى . وقدمه الزركشى .

والرواية الثانية : أن ميراثه لبيت المال . وهو الصحيح . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

ويتفرع على هذا الخلاف : لو مات واحد من هؤلاء ، وخلف بنتاً ومعتقة .

فعلى القول بأن لسيده الولاء : يكون للبنت النصف ، والباقى له .

وعلى القول بأن ميراثه يصرف فى مثله : يكون للبنت النصف ، والباقى يصرف فى العتق .

وعلى القول بأنه لبيت المال : يكون للبنت الجميع بالفرض والرد . إذ الرد مقدم على بيت المال .

فعلى الرواية الأولى : يكون المشترى للرقاب الإمامُ . على الصحيح . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : السيد . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق ، والزركشى .

فائدتان

إحداهما : على القول بشراء الرقاب : لو قلَّ المال عن شراء رقبة كاملة : فى الصدقة به وتركه لبيت المال وجهان . ذكرهما فى التبصرة . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : الصواب ، الذى لاشك فيه : أن الصدقة به فى زمننا هذا أولى .

الثانية : لو خلف المعتق بنتاً مع سيده — وقلنا : له الولاء — فالمال بينهما نصفان .

وإن قلنا : لا ولاء له : فالجميع للبنت بالفرض والرد .

وإن قلنا : يشترى بما خلفه رقاباً : فللبنت النصف ، والنصف الآخر يشترى به رقاباً . وحكم ولائه حكم ولاء أولاده .

قوله ﴿ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ مَيِّتٍ أَوْ حَيٍّ بِلاَ أَمْرِهِ : فَوَلاَؤُهُ لِلْمُعْتِقِ ﴾ .

هذا المذهب ، إلا ما استثنى . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

ويستثنى من ذلك : لو أعتق وارث عن ميت فى واجب — ككفارة ظهار ، ورمضان ، وقيل : وله تركة — فإنه يقع عن الميت ، والولاء له أيضاً . على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المحرر ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

واختاره القاضى ، وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : بناء على أن الكفارة ونحوها : ليس من شرطها الدخول فى ملك المكفر عنه . وأطلقه الخرقى ، والمصنف هنا .

قال الزركشى ، وأكثر الأصحاب : إن الولاء للمعتق .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : بناء على أنه يشترط دخول الكفارة ونحوها فى ملك من ذلك عليه .

ويأتى كلامه فى الرعايتين : وإن لم يتعين المعتق أطعم ، أو كسا .

ويصح عتقه . على الصحيح من المذهب . وقيل : يوصيه .

قال فى الترغيب : بناء على قولنا « الولاء للمعتق عنه » وإن تبرع بعتقه عنه ـ ولا تركة ـ فهل يجزيه ، كإطعام وكسوة ، أم لا يجزيه ؟ جزم به فى الترغيب . لأن مقصوده الولاء . ولا يمكن إثباته بدون المعتق عنه . فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى المحرر : ومن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه : وقع العتق والولاء عن المعتق ، إلا أن يعتقه عن ميت فى واجب عليه . فيقعان للميت .

ويأتى كلامه فى الرعايتين قريبا .

وإن تبرع أجنبى عنه : ففيه وجهان .

أحدهما : الإجزاء مطلقا . والثانى : عكسه .

الثالث : يجزيه فى إطعام وكسوة دون غيرهما .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : ومن أعتق عبده عن ميت فى واجب : وقعا عن الميت . وقيل : لا .

وقيل : ولاؤه للمعتق عنه .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

وقد روى عن الإمام أحمد رحمه الله : نصوص تدل على العتق للمعتق عنه . وأن الولاء للمعتق .

قال أبو النضر : قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى العتق عن الميت : إن وصى به فالولاء له ، وإلا للمعتق .

وقال فى رواية الميمونى ، وأبى طالب ـ فى الرجل يعتق عن الرجل ـ فالولاء لمن أعتقه ، والأجر للمعتق عنه .

وفى مقدمة الفرائض ، لأبى الخير سلامة بن صدقة الحرانى : إن أعتق عن غيره بلا إذنه : فلأيهما الولاء ؟ فيه روايتان .

وقال فى الروضة : فإن أعتق عبداً عن كفارة غيره : أجزأه ، وولاؤه للمعتق. ولا يرجع على المعتق عنه فى الصحيح من المذهب .

وكذا لو أعتق عبده : عتق ، حياً كان المعتق عنه أو ميتاً . وولاؤه للمعتق .

وقال فى التبصرة : لو أعتقه عن غيره بلا إذنه : فالعتق للمعتق كالولاء .

ويحتمل للميت المعتق عنه . لأن القُرَب يصل ثوابها إليه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ ﴾ .

إذا قال « أعتق عبدك عنى ، وعلىّ ثمنه » ففعل : فالثمن عليه ، والولاء للمعتق عنه . هذ المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف عن الثانية : لا نعلم فيه خلافا .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال القاضى فى خلافه : هو استدعاء للعتق ، والملك يدخل تبعاً وملكاً ، لضرورة وقوع العتق له . وصرح أنه ملك قهرى ، حتى إنه يثبت للكافر على المسلم ، إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً ، والمستدعى كافراً .

وذكر ابن أبى موسى : لا يجزئه حتى يملكه إياه ، فيعتقه هو . ونقله مهنا .

وكذا الحكم لو قال « أعتق عبدك عنى » وأطلق ، أو « أعتقه عنى مجانا » خلافاً ومذهباً .

فعلى المذهب : يجزئه العتق عن الواجب ، ما لم يكن قريبه .

والصحيح من المذهب : لا يلزمه عوضه إلا بالتزامه .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

وعنه : يلزمه عوضه ما لم ينفه .

وعنه : العتق والولاء للمسؤل ، لا للسائل ، إلا حيث التزم العوض .

وقال فى الترغيب : إذا قال « أعتقه عن كفارتى ، ولك مائة » فأعتقه : عتق ، ولم يجزئه عنها . وتلزمه المائة ، والولاء له .

وقال ابن عقيل : لو قال « أعتقه عنى بهذا الخمر ، أو الخنزير » ملكه . وعتق عليه كالهبة . والملك يقف على القبض فى الهبة ، إذا كان ذلك بلفظها ، لا بلفظ العتق ، قال : بدليل قوله « أعتق عبدك عنى » فإنه ينتقل الملك هنا قبل إعتاقه .

ويجوز جعله قابضاً له من طريق الحكم . كقولك « بعتك » أو « وهبتك هذا العبد » وقال المشترى « هو حر » عتق . ويقدر القبول حكماً . انتهى .

قال فى الفروع : وكلام غيره فى الصورة الأخيرة : يقتضى عدم العتق .

فائدة : لو قال « أعتق عبدك عنى ، وعلىّ ثمنه » لم يجب على السيد إجابته . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس القول بوجوب الكتابة ـ إذا طلبها العبد ـ وجوب الإجابة هنا .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ : أَعْتِقْهُ وَالثَّمَنُ عَلَيَّ و ﴾ كذا لو قال ﴿ أَعْتِقْهُ عَنْكَ وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ ؟ فَفَعَلَ . فَالثَّمَنُ عَلَيْهِ . وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ ﴾ .

إذا قال ذلك : لزمه الثمن بلا نزاع أعلمه .

والعتق والولاء للمعتق ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : والأصح أن العتق وولاءه للمعتق . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : هما للذى عليه الثمن . وقاله القاضى فى موضع .

قال فى المحرر : وفيه بعد .

فعلى المذهب : يجزئه عن الواجب ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويجزئه عن الواجب فى الأصح .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقيل : لا يجزئه . وهو احتمال فى المحرر . وقاله القاضى فى موضع من كلامه

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ الكَافِرُ لِرَجلٍ : أَعْتِقْ عَبْدَكَ المسْلِمَ عَنِّي ، وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ فَفَعَلَ : فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا

أحدهما : يصح ويعتق . وله عليه الولاء كالمسلم . وهو الصحيح من المذهب .

صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . واختاره القاضى فى الخلاف .

وتقدم كلامه فى المسألة التى قبلها .

والوجه الثاني : لا يصح . صححه الناظم .

تنبيه : حكى الخلاف فى المحرر ، والفروع ، والشرح ، وشرح ابن منجا : وجهين ، كالمصنف .

وحكاه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : روايتين .

قوله ﴿ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا يُبَايِنُهُ فِى دِينِه ، فَلَهُ وَلاَؤُهُ . وَهَلْ يَرِثُ بِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح .

إحداهما : يرث به . وهو المذهب .

جزم به الخرقى ، والقاضى فى جامعه ، والشريف فى خلافه ، والشيرازى فى

مبهجه ، وابن عقيل فى تذكرته ، وابن البنا فى خصاله ، وابن الجوزى فى مذهبه ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

قال الزركشى : اختاره عامة الأصحاب .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : لا يرث به .

قال فى الخلاصة : لا يرث به على الأصح . وصححه فى التصحيح .

واختاره المصنف ، وصاحب الفائق . ومال إليه الشارح .

فعلى المذهب : لو أعتق كافر مسلماً ، فخلف المسلم العتيق أبناً لسيده كافراً ، أو عماً مسلماً : فماله لابن سيده .

وعلى الرواية الثانية : يكون المال لعمه .

وعلى المذهب أيضاً — عند عدم عصبة سيده من أهل دينه — : يرثه بيت المال .

وإن أعتق مسلم كافراً ، ومات المسلم ، ثم عتيقه ، ولعتيقه ابنان ، مسلم وكافر : ورث الكافر وحده .

ولو أسلم العتيق ، ثم مات : ورثه المسلم وحده .

وإن أسلم الكافر قبل قسمة الإرث : ورثه معه . على الأصح ، على ماتقدم فى أول « باب ميراث أهل الملل » .

وتقدم بعض هذه الأحكام فى ذلك الباب .

قوله ﴿ وَلاَ تَرِثُ النِّسَاء مِنَ الْوَلاَء إلاَّ مَا أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ ﴾ .

وهذا المذهب بلا ريب . نص عليه .

حتى قال أبو بكر : هذا المذهب رواية واحدة ، وقال : وَهِمَ أبو طالب فى نقله الرواية الثانية . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، والعمدة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه الخرقى ، وصاحب الهداية ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

واختاره أبو بكر فى الشافى ، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . وقالا : هذا الصحيح .

وغالى أبو بكر ، فوهَّم أبا طالب فى نقل الرواية الثانية .

قال القاضى : لم أجد الرواية التى نقلها الخرقى فى ابنة المعتق : أنها ترث . منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

وعنه ـ فى بنت المعتق خاصة ـ أنها ترث .

اختاره القاضى ، وأصحابه . منهم أبو الخطاب فى خلافه .

وجزم به فى الخلاصة . وإليه ميل المجد فى المنتقى .

وهو من مفردات المذهب .

وقدمه ناظمها ، وقال : هو المنصور فى الخلاف . انتهى .

وعنه : ترث مع أخيها . وعنه : ترث عتيق ابنها ، مع عدم العصبة .

تنبيه : يستثنى من عموم كلام المصنف : عتيق ابن الملاعنة . فإن الأم الملاعنة ترثه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قلت : فيعايى بها .

وقيل : لا ترثه .

ومحل هذا الخلاف على القول بأنها عصبته .

فأما إن قلنا : إن عصبتها عصبته : كان الولاء لعصبتها ، لا لها .

فائدة : لو تزوجت امرأة بمن أعتقته . فأحبلها ، فهى القائلة : إن ألد أنثى فلى النصف . وإن ألد ذكراً فلى الثمن . وإن لم ألد شيئاً فالجميع لى . فيعايى بها .

قوله ﴿ وَلَا يَرِثُ مِنْهُ ذُو فَرْضٍ إِلَّا الأَبُ وَالْجَدُّ يَرِثَانِ السُّدُسَ مَعَ الابْنِ وَابْنِهِ . وَالْجَدُّ يَرِثُ الثُّلُثَ مَعَ الإِخْوَةِ ، إِذَا كَانَ أَحَظَّ لَهُ ﴾

وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحـاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وهى من مفردات المذهب .

واختار أبو إسحاق سقوط الأب والجد مع الابن . ويجعل الجد كالإخوة . وإن كثروا . قال فى الترغيب : وهو أقيس .

قلت : فيعايى بها .

وقال فى الفائق ، وقيل : لا فرض لهما بحال .

اختاره ابن عقيل ، وشيخنا .

ويسقطان بالابن وابنه . والجد مع الأخوة ، كالأخ ، وإن كثروا .

وقيل : له الثلث إن كان أحظ له ولا يعاد بأخت .

قال الزركشى : وعلى القول بأنه لايفرض للأب : لا يفرض للجد مع الإخوة ، بل يكون كأحدهم ، وإن كثروا . ويعادونه بولد الأب ، ولا يعادونه بالأخوات .

قال : وهذا مقتضى قول أبى محمد فى الكافى ، والمغنى . انتهى .

قلت : وعلى رواية حجب الإخوة بالجـد فى النسب : تسقط الإخوة بالجد هنا . وهو المختار ، كإسقاط أبى الجد أولاد الإخوة . وجد المولى مقدم على عمه . انتهى .

وقال فى الانتصار : لما حملنا توريث أب سدسا بفرض مع ابن ، على رواية توريث بنت المولى : فيجىء من هذا أنه يرث قرابة المولى بالولاء على نحو ميراثهم

قوله ﴿ وَالْوَلَاءُ لَا يُورَثُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقدموه .

ونقل حنبل : والولاء لايورث كما يورث المال ، لـكن يختص العصبة .

قال المصنف ، والشارح : وشذ شُريح فجعله موروثا كالمال .

ونقل حنبل ، ومحمد بن الحكم عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ مثل قول شريح وغَلَّطها أبو بكر ، قالا : وهو كما قال .

قوله ﴿ فَإِذَا مَاتَ الْمُعْتِقُ وَخَلَّفَ عَتِيقَهُ وَابْنَيْنِ . فَمَاتَ أَحَدُ الابْنَيْنِ بَعْدَهُ عَنِ ابْنٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَتِيقُ : فَالْمِيرَاثُ لابْنِ الْمُعْتِقِ ﴾ .

هذا مفرع على المذهب .

وعلى مانقل حنبل : يكون لابن المعتق النصف ، والنصف الآخر لابن ابن المعتق .

وكذا التفريع على المذهب فى قوله « وإن مات الابنان بعده ، وقبل المولى . وخلف أحدهما ابنا ، والآخر تسعة . فولاؤه بينهم على عددهم . لكل واحد عشرة »

وعلى رواية حنبل : لابن المعتق نصفه . ولابنا ابن المعتق نصفه .

وقيل : يرث ابن الابن فى الأولى النصف ، دون هذه .

ونقل ابن الحـكم فى هذه : يرث كل فريق نصفا .

قوله ﴿ وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ وَأُخْتُهُ أَبَاهُمَا ، أَوْ أَخَاهُمَا ، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتَقُ ﴾ يعنى : الأب أو الأخ ﴿ ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ ﴾ يعنى : العبد العتيق ﴿ وَرِثَهُ الرَّجُلُ ، دُونَ أُخْتِهِ ﴾ .

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب ، من أن النساء لايرثن من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن .

فأما على رواية إرث بنت المعتق : فترث هنا .

قاله المصنف ، والشارح ، والمجد ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

و إنما لم ترث مع أخيها على المذهب ، و إن كانت قد أعتقت من أعتق . لأن ميراث الأخ هنـا من أبيه أو أخيه بالنسب . وهى مولاة المعتق . وعصبة المعتق مقدم على مولاه .

ولهذا قال فى الترغيب ، والبلغة : أخطأ فيها خلق كثير .

قال ابن عقيل فى التذكرة :

مسـألة عجيبة : ابن و بنت اشتريا أباهما . فعتق عليهما . ثم اشترى الأب عبدا فأعتقه . فهلك الأب ، ثم هلك العبد .

فالجواب : أنه لمـا هلك الأب كان ماله بين ابنه وابنته ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، بالتعصيب لا بالولاء . ولمـا هلك العبد . وخلف ابن مولاه ، و بنت مولاه : كان ماله لابن مولاه ، دون بنت مولاه . لأنه أقرب عصبة مولاه . لا خلاف فى ذلك .

وهذه المسألة : يروى عن مالك رحمه الله أنه قال « سألت سبعين قاضياً من قضاة العراق عنها فأخطؤا فيها »

ولو مات الابن قبل موت العتيق : ورثت البنت من ماله بقدر ماأعتقت من أبيها والباقى بينها و بين معتق الأم .

فائدة قوله ﴿ وَإِذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ ، وَخَلَّفَتِ ابنهاَ وَعَصَبَتَهاَ وَمَوْلاَهَا فَوَلاَؤُهُ لاَبنِهاَ ﴾ وكذلك الإرث .

﴿ وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهاَ ﴾ .

هذا صحيح . لكن لو باد بنوها : فولاؤه لعصبتها .

ونقل جعفر : لعصبة بنيها .

قال فى الفروع : وهو موافق لقوله « الولاء لا يورث » ثم لعصبة بنيها .

وقيل : لبيت المال . انتهى .

وقال فى الفائق ـ بعد قوله : ثم لعصبة بنيها ـ قال ابن عقيل فى منثوره : وجدت فى تعاليق : قال شيخنا : وجدت عن الإمام أحمد رحمه الله : أن ذوى الأرحام من المعتق ـ مثل خالته وعمته ـ يرثون من المولى ، إذا لم يكن له عصبة ولا ذو فرض .

قلت : وقال ابن أبى موسى : فإن مات العبد ، ولم يترك عصبة ، ولا ذا سهم ، ولا كان لمعتقه عصبة : ورثه الرجال من ذوى أرحام معتقه ، دون نسائهم وعند عدمهم لبيت المال . انتهى كلام صاحب الفائق .

تنبيه : قوله ﴿ فَوَلَاؤُهُ لابْنِهَا . وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهَا ﴾ .

هذا مبنى على أن الابن ليس من العاقلة . وهو إحدى الروايات .

وقدمه المصنف فى باب العاقلة .

ومن قال : الابن من العاقلة ـ وهو المذهب ـ يقول : الولاء له والعقل عليه .

ومن قال : الابن عاقلة الأب ، دون الأم ـ كمختار الجد ـ يقيد المسألة بما إذا كان المعتق امرأة ، كما قيدها المصنف هنا .

فائدة : لو أعتق سائبة ، أو فى زكاة ، أو نذر ، أو كفارة ، أو قال : لا ولاء لى عليك ـ وقلنا : لا ولاء له عليه كما تقدم ـ ففى عقله عنه ـ لكونه معتقا ـ روايتان . قاله أبو المعالى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ الْجَدُّ لَمْ يَجُرَّ وَلَاءَهُمْ فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى المذهب وغيره . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمختار للأصحاب من الروايات .

وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يجره إلى مواليه .

فعليها : إن عتق الأب بعد الجد : انجر الولاء من مولى الجد إلى موالى الأب وكذا لو عتق من الأجداد من هو أقرب ممن عتق أو لا وجر الولاء .

وعنه : إن عتق الجد بعد موت الأب جره . وإن عتق الجدُّ ـ والأب حى ـ لم يجره بحال ، سواء عتق الأب بعد ، أو مات قنا . حكاها الخلال .

وعنه : يجره إذا عتق والأب ميت . وإن عتق ـ والأب حى ـ لم يجره حتى يموت قِنًّا ، فيجره من حين موته . ويكون فى حياة الأب لموالى الأم . نقلها أبو بكر فى الشافى .

قوله ﴿ وَإِذَا اشْتَرَى الْوَلَدُ عَبْدًا ، فَأَعْتَقَهُ . ثُمَّ اشْتَرَى الْعَتِيقُ أَبَا مُعْتِقِهِ ، فَأَعْتَقَهُ : ثبت لَهُ وَلاؤُهُ . وَجَرَّ وَلاءَ مُعْتِقِهِ . فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى الآخَرِ ﴾ .

بلا نزاع . فيعايى بها ، وبالتى بعدها .

فائدتان

إحداهما : لو مات مولى الأب والجد : لم يعد الولاء إلى موالى الأم بحال ، بل يكون للمسلمين . قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو معنى قول المصنف « ولايعود إلى موالى الأب بحال » .

الثانية : قوله ﴿ وَمِثْلُهُ : لَوْ أَعْتَقَ الْحَرْبِىُّ عَبْدًا . ثُمَّ سَبَى الْعَبْدُ مُعْتِقَهُ فَأَعْتَقَهُ . فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلاءُ صَاحِبِهِ ﴾ .

فلو سبى المسلمون العتيق الأول ، ثم أعتقوه : فولاؤه لمعتقه الأخير ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق . وقيل : للأول . وقيل : لهما .

فعلى المذهب : لاينجر ما كان للأول قبل الرق من ولاء ولد ، أو عتيق إلى الأخير . قاله فى المحرر والرعايتين ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَهُوَ الْجُزْءُ الدَّائِرُ . لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْأَخِ وَعَادَ إِلَيْهِ . فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والبلغة ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير .

أحدهما : هو لموالى الأم .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . واختاره المصنف والشارح .

قال البونى : هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه فى النظم ، والفروع وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لبيت المال . لأنه لا مستحق له .

نصره القاضى فى المجرد . وقدمه فى الفصول . والرعايتين .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

وقيل : يرد على سهام الموالى أثلاثا . لموالى أمه الثلثان ، ولموالى أمها الثلث .

وأطلقهن فى المحرر ، والفائق .

كتاب العتق

فائدة : « العتق » عبارة عن تحرير الرقبة ، وتخليصها من الرق .

قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ وَهُوَ مِنْ أَفْضَلِ القُرَبِ ﴾ .

هكذا قال أكثر الأصحاب .

وقال فى التبصرة ، والحاوى الصغير : هو أحب القرب إلى الله تعالى .

فوائد

منها : أفضل عتق الرقاب : أنفَسُها عند أهلها ، وأغلاها ثمناً . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الفروع : وظاهره ولو كافرة . وفاقا للإمام مالك رحمه الله . وخالفه أصحابه .

قال فى الفروع : ولعله مراد الإمام أحمد رحمه الله . لكن يثاب على عتقه .

قال فى الفنون : لايختلف الناس فيه .

ومنها : عتق الذكر أفضل من عتق الأنثى . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى ، والمغنى ، والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وعنه : عتق الأنثى للأنثى أفضل . نص عليه فى رواية عبد الله .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، و إدراك الغاية .

ومنها : عتق الأنثى كعتق الذكر فى الفكاك من النار . ذكره ابن أبى موسى المذهب . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وعنه عتق امرأتين كعتق رجل فى الفكاك . قدمه فى القواعد الفقهية .

ومنها : التعدد فى العتق أفضل من عتق الواحد . قاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وجزم به فى الفروع فى باب الأضاحى .

ومال صاحب القواعد الفقهية ـ فيها ـ إلى أن عتق رقبة نفيسة بمال أفضل من عتق رقاب متعددة بذلك المال .

وقال ـ عن القول الأول ـ فيه نظر .

قوله ﴿ فَأَمَّا مَنْ لاَ قُوَّةَ لَهُ ، وَلاَ كَسْبَ : فَلاَ يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ ، وَلاَ كِتَابَتُهُ ، بَلْ يُكْرَهُ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والحاوى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والفائق . وصححه فى النظم ، وغيره . وعنه : يستحب . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : ويحتمل الاستحباب على القول بوجوب نفقته عليه .

وعنه : تكره كتابته دون عتقه . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه : تكره كتابة الأنثى . ويأتى ذلك فى أول « باب الكتابة » .

فوائد

الأولى : لو خيف على الرقيق الزنا والفساد : كره عتقه بلا نزاع أعلمه . وإن ظن ذلك : صح وحرم . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

واقتصر عليه فى الفروع ، وقال : ويتوجه فيه كمن باع أو اشترى بقصد الحرام .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو أعتق جارية ، ونيته بعتقها أن تكون مستقيمة : لم يحرم عليه بيعها ، إذا كانت زانية .

الثانية : لو أعتق عبده أو أمته ، واستثنى نفعه مدة معلومة : صح . نص عليه ، لحديث سفينة [١] .

وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته . قاله فى القاعدة الثانية والثلاثين .

قال : وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ، ويجعل عتقها صداقها . لأنه استثنى الانتفاع بالبُضْع . ويملكه بعقد النكاح ، وجعل العتق عوضاً عنه . فانعقدا فى آن واحد .

ويأتى بعض ذلك فى هذا الباب ، عند قوله « وإن قال : أنت حر على أن تخدمنى سنة إن شاء الله » .

الثالثة : قال فى الرعايتين ، والفائق : يصح العتق ممن تصح وصيته .

قال فى الفائق : وإن لم يبلغ . نص عليه . قاله فى الرعاية الكبرى .

وعنه : بل وهبة . انتهى .

وقال فى المذهب : يصح عتق من يصح بيعه .

قال الناظم : ولايصح إلا ممن يصح تصرفه فى ماله فى المؤكد .

وقدم هذا فى المستوعب .

وقال ابن عقيل : يصح عتق المرتد .

وقطع المصنف وغيره : أنه لاعتق لمميز .

---

(١) روى أبو داود « أن أم سلمة رضى الله عنها أعتقت سفينة ، وشرطت عليه خدمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعاش » .

وقال طائفة من الأصحاب : لايصح عتق الصغير بغيرخلاف . منهم المصنف .

وأثبت غير واحد الخلاف فقال فى الإرشاد ، والمبهج ، والترغيب ـ فى عتق ابن عشر ، وابنة تسع ـ : روايتان .

وقال فى الموجز : وفى صحة عتق المميز روايتان .

وقال فى الانتصار ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمصنف فى باب الحجر وغيرهم : فى صحة عتق السفيه روايتان .

وقدم فى التبصرة : صحة عتق المميز ، والسفيه ، والمفلس .

وقال فى عيون المسائل : قال الإمام أحمد رحمه الله : يصح عتقه . انتهى .

ونقل أبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن مشيش : صحة عتقه .

وإذا قلنا بصحة عتقه . فضبطه طائفة بعقله العتقَ . وقاله الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابنه صالح ، وأبى الحارث ، وابن مشيش .

وضبطه طائفة بعشر فى الغلام ، وتسع فى الجارية ، كما ذكرناه عن صاحب المبهج والترغيب .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية أبى طالب : فى الغلام الذى لم يحتلم يطلق امرأته ـ : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ، مابين عشر سنين إلى ثنتى عشرة سنة . وكذلك إذا أعتق : جاز عتقه . انتهى .

وممن اختار من الأصحاب صحة عتقه : أبو بكر عبد العزيز . ذكره فى آخر كتاب المدبر من الخلاف .

فقال : وتدبير الغلام إذا كان له عشر سنين : صحيح ، وكذلك عتقه ، وطلاقه . انتهى .

وتقدم بعض ذلك فى أول كتاب البيع وباب الحجر .

تنبيه : ظاهر قوله « فَأَمّا القَوْلُ ، فَصَرِيحُهُ : لَفْظُ « العِتْقِ » وَ« الْحُرِّيَّةِ » كَيْفَ صُرِّفَا » .

أن العتق يحصل بذلك ، ولو تجرد عن النية . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تعتبر النية مع القول الصريح .

قال فى الفائق ، قلت : نية قصد الفعل معتبرة ، تحرزا من النائم ونحوه . ولا تعتبر نية العبادة ولا القربة . فيقع عتق الهازل . انتهى .

وقال ابن عقيل فى الفنون : الإمامية يقولون : لاينفذ إلا إذا قصد به القربة قال : وهذا يدل على اعتبار النية لوقوعه . فإنهم جعلوه عبادة . قال : وهذا لا بأس به . انتهى .

ويحتمل عدم العتق بالصريح ، إذا نوى به غيره . قاله المصنف وغيره .

فائدة : لو قصد غير العتق بقوله « عبدى هذا حر » يريد عِفَّته وكرم أخلاقه ، أو يقول له « ما أنت إلا حر » يريد به عدم طاعته ، ونحو ذلك : لم يعتق ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الترغيب ، وغيره : هو كالطلاق فيما يتعلق باللفظ ، والتعليق ، ودعوى صرف اللفظ عن صريحه .

قال أبو بكر : لايختلف حكمهما فى اللفظ والنية .

وجزم فى التبصرة : أنه لايقبل فى الحكم .

وعلى الأول : لو أراد العبد إحلافه ، كان له ذلك . نص عليه .

تنبيه : قوله « صريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفا » .

ليس على إطلاقه . فإن الألفاظ المتصرفة منه خمسة : ماض ، ومضارع ، وأمر ، واسم فاعل ، واسم مفعول ، والمشتق منه . وهو المصدر .

فهذه ستة ألفاظ . والحال أن الحكم لايتعلق بالمضارع ، ولا بالأمر . لأن الأول : وعد . والثانى : لايصلح للانشاء ، ولا هو خبر .

فيكون لفظ المصنف عامًّا أريد به الخصوص .

وقد ذكر مثل هذه العبارة فى باب التدبير ، وصريح الطلاق .

وكذا ذكر غيره من الأصحاب . ومرادهم ماقلناه

قوله ﴿وفى قَوْلِهِ : لاَسَبِيلَ لِى عَلَيْكَ ، وَلاَ سُلْطَانَ لِى عَلَيْكَ ، وَلاَ مِلْكَ لِى عَلَيْكَ ، وَلاَ رِقَّ لِى عَلَيْكَ . وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ . وَأَنْتَ مَوْلاَى . وَأَنْتَ لِلّٰهِ ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ : رِوَايَتَانِ﴾ .

وكذا « لاخدمة لى عليك ، و « ملكتك نفسك » وأطلقهما فى مسبوك الذهب ، والكافى ، والهادى ، والمحرر ، والبلغة ، والفروع .

وأطلقهما فى الشرح فى قوله « فككت رقبتك ، وأنت سائبة ، وأنت مولاى ، وَمَلَّكْتُكَ رَقَبَتَكَ » إحداهما صريح .

صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز .

قال ابن رزين : وفيه بعد .

والرواية الثانية : كِنَايَةٌ .

صححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، و إدراك الغاية .

وصححه ابن رزين فى شرحه ، وقدمه .

واختار المصنف : أن قوله « لاسبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك » كناية .

وقال القاضى فى قوله « لا ملك لى عليك ، ولا رق لى عليك ، وأنت لله » صريح . نص عليه . وقدمه فى الفائق .

وقال : ومن الكناية قوله « لا سلطان لى عليك ، ولا سبيل لى عليك ،

وفككت رقبتك، وملكتك نفسك ، وأنت مولاى ، أو سائبة » فى أصح الروايتين .

وقطع فى الإيضاح أن قوله « لاملك لى عليك ، وأنت لله » كناية .

وقال : اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ ، وهى « لاسبيل لى عليك ولا سلطان ، وأنت سائبة » .

وقال ابن البنا فى خصاله : قوله « لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقَّ لِي ، وَأَنْتَ لِلّٰهِ : صَرِيح » .

وقال : اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ . وهى التى ذكرها فى الإيضاح .

وظاهر كلامه فى الواضح : أن قوله « وهبتك لله » صريح .

وسوى القاضى وغيره بينهما و بين قوله « أنت لله » .

وقال فى الموجز : هى وقوله « رفعت يدى عنك إلى الله » كناية

قوله ﴿ وَفِي قَوْلِهِ لِأَمَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ أَنْتِ حَرَامٌ : رِوَايَتَانِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والكافى ، والبلغة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

إحداهما : كِنَايَةٌ . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، ونظمه ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، و إدراك الغاية . وقدمه ابن رزين فى قوله « أنتِ حرام » .

والرواية الثانية : أنه لغو . وقدمه ابن رزين فى قوله « أنت طالق » .

وصحح المصنف ، والشارح : أنه كناية فى قوله « أنت حرام » .

وأطلق الروايتين فى قوله « أنت طالق » .

وقال فى الانتصار : حكم قوله « اعتدى » حكم هذه المسألة ، وأنه يحتمل مثله فى لفظ الظهار .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ ـ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ ـ أَنْتَ ابْنِي : لَمْ يَعْتِقْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ﴾ وهو المذهب .

قال في الفروع : لم يعتق في الأصح . وجزم به في الوجيز .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

ويحتمل أَنْ يَعْتِقَ . وهو تخريج وجه لأبي الخطاب .

وقال أبو الخطاب ـ وتبعه في الحاوى الصغير ـ : لا نَصَّ فيها . إلا أن القاضى قال : لا يعتق .

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يعتق .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ ﴾ .

قال ذلك المصنف على سبيل ضرب المثال . وإلا فحيث قال ذلك لمن لا يمكن كونه منه ، فإنه داخل في المسألة .

وإذا أمكن كونه منه ، فلا يخلو : إما أن يكون للعبد نسب معروف ، أو لا .

فإن لم يكن له نسب معروف : عتق عليه .

وإن كان له نسب معروف ، فالصحيح من المذهب : أنه يعتق عليه أيضاً . لاحتمال أن يكون وطىء بشبهة .

وقدمه في الفروع . وقاله القاضى في خلافه ، وابنه أبو الحسين ، والآمدى .

وقيل : لا يعتق . لكذبه شرعاً .

وهو احتمال في انتصار أبي الخطاب .

وأطلقهما في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، الصغير ، والفائق .

تنبيه : قال ابن رجب ـ وتبعه في القواعد الأصولية ـ : هذا جميعه مع إطلاق اللفظ . أما إن نوى بهذا اللفظ الحرية : فينبغى عتقه بهذه النية ، مع هذا اللفظ .

قال ابن رجب : ثم رأيت أبا حكيم وجه القول بالعتق ، وقال : لجواز كونه كناية في العتق .

فائدة : لو قال لأصغر منه « أنت أبى » فالحكم : كما لو قال لأكبر منه « أنت ابنى » قاله فى الفروع ، والفائق . وقاسه فى الرعايتين على الأول من عنده .

فائدة أخرى : لو قال « أعتقتك » أو « أنت حر من ألف سنة » لم يعتق .

وقال فى الانتصار : ولو قال لأمته « أنت ابنى » أو لعبده « أنت بنتى » لم يعتق .

فائدة : لو قال لزوجته ـ وهى أكبر منه ـ « هذه ابنتى » لم تطلق بذلك . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلاً : عَتَقَ جَنِينُهَا ، إلاّ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ مَافِى بَطْنِهَا دُونَهَا : عَتَقَ وَحْدَهُ ﴾ .

فى الحال . هذا المذهب . نص عليه .

وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والقول بعتق جنينها معها ، إلا أن يستثنيه : من مفردات المذهب .

وقيل : لايعتق الحمل فيهما حتى تضعه حياً . فيكون كمن علق عتقه بشرط . فيجوز بيعه قبل وضعه ، تبعاً لأمه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نص عليها فى رواية ابن منصور .

وقاله فى القاعدة الرابعة والثمانين .

وقال بعد ذلك : وقياس ماذكره القاضى ، وابن عقيل : أنه لايعتق بالكلية فيما إذا أعتق حاملاً . إذ هو كالمعدوم قبل الوضع . قال : وهو بعيد جداً

وتوقف الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن الحكم : هل يكون الولد رقيقاً إذا استثناه من العتق ؟

وخرج ابن أبى موسى ، والقاضى : أنه لايصح استثناؤه على قياس استثنائه فى البيع .

فائدة : لو أعتق أمة حملها لغيره ، وهو موسر ، كالموصى به : عتق الحمل أيضاً ، وضمن قيمته . ذكره القاضي . وجزم به فى المنور .

واختاره القاضي ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . قاله فى القواعد .

وقدمه فى النظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : لا يعتق . جزم به فى الترغيب .

واختاره فى المحرر ، وصاحب التلخيص . وقدمه فى المستوعب .

قوله ﴿ فأَمَّا المِلْكُ : فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ : عَتَقَ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه : لا يعتق إلا عَمُودَى النسب .

قال فى الكافى : بناء على أنه لا نفقة لغيرهم .

وقال فى الانتصار : ولنا فيه خلاف .

واختار الآجرى : لا نفقة لغيرهم .

ورجح ابن عقيل : لا عتق بالملك .

وعنه : إن ملكه بإرث : لم يعتق .

وفى إجباره على عتقه : روايتان . ذكره ابن أبى موسى .

وعنه : لا يعتق الحمل حتى يولد فى ملكه حياً .

فلو زوج ابنه بأمة ، فحملت منه فى حياته . ثم ولدت بعد موت جده . فهل هو موروث عنه ، أو حر ؟ فيه روايتان .

ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

فائدة : لو ملك رَحماً غير محرم عليه ، أو ملك محرماً برضاع ، أو مصاهرة : لم يعتق . نص عليه فى رواية الجماعة . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أنه كره بيع أخيه من الرضاع . وقال : يبيع أخاه ؟!! .

قوله ﴿ وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزِّنَا ﴾ يعنى : وإن نزل ﴿ لَمْ يَعْتِقْ ﴾ .

فى ظاهر كلامه ، وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

قال فى مسبوك الذهب ، وغيره : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشي : عليه الأصحاب .

ويحتمل أن يعتق . واختاره بعض الأصحاب . وهذا الاحتمال لأبى الخطاب .

فائدة : لو ملك أباه من الزنا ، فحكمه حكم مالو ملك ابنه من الزنا .

ذكره فى التبصرة ، والرعاية . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت ، إن أرادوا : أن أباه ولد زنا ، وولده ولد زنا منه : فهذا محتمل .

وإن أرادوا : أباه ولد زنا ، وولده الذى ملكه ، هو ولده من الزنا : فمسلم . وهو مرادهم . والله أعلم .

وإن أرادوا ، أن أباه : ولد زنا ، وولده الذى ملكه : ليس من زنا . فهذا غير مسلم ، بل يعتق عليه هنا . وهو داخل فى كلامهم .

قوله ﴿ وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ ـ وَهُوَ مُوسِرٌ ـ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ﴾ .

اعلم أنه إذا ملك جزءاً ممن يعتق عليه ـ وكان ملكه له بغير الميراث ـ فلا يخلو : إما أن يكون موسراً ، أو معسراً .

فإن كان موسراً ، فلا يخلو : إما أن يكون موسراً بجميعه ، أو موسراً ببعضه .

فإن كان موسراً بجميعه : عتق عليه فى الحال . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : لا يعتق عليه قبل أداء القيمة .

اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . ومال إليه الزركشي .

فعليه : لو أعتق الشريك قبل أدائها : فهل يصح عتقه ؟ فيه وجهان .
وأطلقهما في الفروع .

قال في الرعاية : فهل يصح عتقه ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : يصح . اختاره الشيخ تقي الدين ، وصاحب الفائق رحمهما الله .

والثاني : لا يصح .

تنبيه : قوله ﴿ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نِصْفِ شَرِيكِهِ ﴾ .

بلا نزاع . ويأتي في كلام المصنف قريبا : متى يقوم ؟ .

فائدة : قال الإمام أحمد رحمه الله : له نصفه ، لا قيمة النصف .

قال في الفروع : لا قيمة للنصف . ورده ابن نصر الله في حواشيه . وتأول كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشي : هل يقوم كاملاً ، ولا عتق فيه ، أو قد عتق بعضه ؟ فيه قولان للعلماء . أصحهما : الأول .

وهو الذي قاله أبو العباس فيما أظن . لظاهر الحديث . ولأن حق الشريك إنما هو في نصف القيمة ، لا قيمة النصف . بدليل ما لو أراد البيع . فإن الشريك يجبر على البيع معه . انتهى كلام الفروع .

وكذا الحكم . لو أعتق شريكاً في عبد وهو موسر ، على ما يأتي .

وإن كان موسراً ببعضه : عتق عليه . على الصحيح من المذهب ، بقدر ما هو موسر به . نص عليه في رواية ابن منصور .

قال في الفائق : عتق بقدره . في أصح الوجهين .

وقدمه في الرعايتين ، والزركشي ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم به فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقيل : لايعتق إلا ماملكه والحالة هذه .

تنبيه : شمل قوله « عَتق كُلّه » .

لو كان شقص شريكه مكاتباً ، أو مدبراً ، أو مرهونا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

وقال القاضى : يمتنع العتق فى المكاتب والمدبر ، إلا أن يبطلا . فيسرى حينئذ . وحيث سرى : ضمن حق الشريك بنصف قيمته مكاتباً . على الصحيح . قدمه فى الفروع .

وعنه : يضمنه بما بقى من الكتابة . جزم به فى الروضة . وأطلقهما فى المحرر .

وأما المرهون : فيسرى العتق عليه . وتؤخذ قيمته ، فتجعل مكانه رهناً . قاله فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

فائدة : حدّ « الموسر » هنا : أن يكون ـ حين الإعتاق ـ قادراً على قيمة الشقص ، وأن يكون فاضلا عن قوته وقوت عياله ، يومه وليلته ، كالفطرة ، على ماتقدم هناك . نص عليه .

وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول .

قال أبو بكر فى التنبيه « اليسار » هنا : أن يكون له فضل عن قوته وقوت عياله ، يومه وليلته ، وما يفتقر إليه من حوائجه الأصلية ، من الكسوة والمسكن ، وسائر مالا بد منه . نقله عنه فى المغنى ، والشرح .

قال الزركشى : ولم أره فيه . وإنما فيه : أن يكون مالكا مبلغ حصة شريكه

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام غيره . وأورده ابن حمدان مذهباً .

وقال فى المغنى : مقتضى نصه : لايباع له أصل مال .

قال فى الفائق : ولا يباع له دار ، ولا رباع . نص عليه .

وقال فى الرعاية ، وقيل : بل إن كان مايغرمه المولى فاضلاً عن قوت يومه وليلته ـ قلت : وعن قوت من تلزمه نفقته فيهما ـ مالابد لهما منه . انتهى .

والاعتبار باليسار والإعسار : حالة العتق . فلو أيسر المعسر بعده : لم يَسْر إليه ، ولو أعسر الموسر : لم يسقط ماوجب عليه . نص على ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ﴾ يعنى : بجميعه .

﴿ لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إلاَّ مَا مَلَكَ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه معظم الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا ظاهر المذهب .

وعنه يعتق كله . ويُستسعَى العبد فى بقيته . نصره فى الانتصار . واختاره أبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين رحمهم الله .

فعلى هذه الرواية : قيمة حصة الشريك فى ذمة العبد . وحكمه حكم الأحرار .

فلو مات ـ و بيده مال ـ كان لسيده مابقى من السعاية ، والباقى إرث .

ولايرجع العبد على أحد بشىء . وهذا الصحيح . قدمه فى الرعاية .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الأكثرين ، وهو كما قال .

فإنهم قالوا : يعتق العبد كله . ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى حق السعاية .

واختاره أبو الخطاب فى الانتصار . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فيكون حكمه حكم عبد بعضه رقيق . فلو مات كان للشريك من ماله مثل ماله ، عند من لم يقل بالسعاية .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والزركشى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَلَكَهُ بِالمِيرَاثِ : لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الجامع ، والكافى ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً .

نص عليها فى رواية المروذى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ . فَجَدَعَ أَنْفَهُ ، أَوْ أُذُنَهُ وَنَحْوَهُ ﴾ .

وكذا لو خرق عضواً منه .

قال فى الرعاية الكبرى : أو أحرقه بالنار : عتق عليه . نص عليه ، للأثر [١]

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق وغيرهم .

قال القاضى : القياس أنه لايعتق .

وقال جماعة من الأصحاب : لايعتق المكاتب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه سواء قصد التمثيل به ، أو لم يقصده . وهو أحد الوجهين .

قال فى الفائق : ولم يشترط غير ابن عقيل القصد . وقدمه فى الرعايتين .

---

(١) روى الإمام أحمد رحمه الله وغيره عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن زنباعاً ـ أبا روح ـ وجد غلاماً له مع جارية . فقطع ذكره ، وجدع أنفه . فأتى العبد النبيصلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له . فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : ماحملك على مافعلت ؟ قال : فعل كذا وكذا . قال للعبد : اذهب ، فأنت حر »

وقيل : يشترط القصد فى ذلك . اختاره ابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : حيث قلنا يعتق بالتمثيل : يكون الولاء لسيده . نص عليه . وقدمه فى الرعايتين ، والفائق .

وقيل : لبيت المال . ذكره فى الرعاية .

وقال ابن عقيل : يصرف فى الرقاب . قال : وهو قياس المذهب .

قال فى الفائق ، قلت : واختاره ابن الزاغونى . وأطلقهما فى الفروع .

وقال أيضاً فى الفائق : ويتوجه فى العمل به كقول ابن عقيل . وإن لم يشترط فكالمنصوص .

الثانية : هل يعتق بمجرد المثلة ، أو يعتقه عليه السلطان ؟ .

قال فى الفائق : يحتمل روايتين من كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى رواية « يعتق » وقال فى رواية « يعتقه السلطان » وهما روايتان عن الإمام مالك رحمه الله .

والمعروف فى المذهب : أنه يعتق عليه بمجرد ذلك . قاله فى القواعد .

وظاهر رواية الميمونى : يعتقه السلطان عليه .

وقال فى الفائق أيضاً : ولو مثل بعبد مشترك سرى العتق إلى باقيه . وضمن للشريك . ذكره ابن عقيل .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو استكره المالك عبده على الفاحشة عتق عليه . وهو أحد القولين فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله . وهو مبنى على القول بالعتق بالمثلة .

ولو استكره أمة امرأته على الفاحشة : عتقت . وغرم مثلها لسيدتها . قاله الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إسحاق .

الرابعة : مفهوم كلام المصنف : أنه لو مثّل بعبد غيره لايعتق عليه . وهو الصحيح من المذهب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يتوجه أن يتعق ، واختاره .

الخامسة : مفهومه أيضاً : أنه لو لعن عبده لايعتق عنيه بذلك . وهو صحيح . وهو المذهب .

وذكر ابن حامد عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال : من لعن عبده فعليه أن يعتقه ، أو لعن شيئاً من ماله أن عليه أن يتصدق به .

قال : ويجيء في لعن زوجته أنه يلزمه أن يطلقها .

قال ابن رجب في شرح حديث « لبيك » ويشهد لهذا في الزوجة : وقوع الفرقة بين المتلاعنين ، لما كان أحدهما كاذباً في نفس الأمر ، قد حقت عليه اللعنة أو الغضب .

السادسة : لو وطىء جاريته المباحة التي لايوطأ مثلها ، فأفضاها : عتقت ، وإلا فلا . قاله في الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ. فَمَالُهُ لِلسَّيِّدِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . جزم به في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعنه : للعبد .

فائدة : مثل ذلك في الحكم : لو أعتق مكاتبه وبيده مال . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وعنه : له .

وإن فضل فضْل بعد أداء الكتابة فهو للمكاتب .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ ، مُعَيَّنًا أَوْ مُشَاعًا : عَتَقَ كُلُّهُ ﴾ .

مراده : إذا أعتق غير شعره وظفره وسنه ، ونحوه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ ـ وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيمَةِ بَاقِيهِ ـ عَتَقَ كُلُّهُ ﴾ .

بلا نزاع من حيث الجملة ، لكن لو كان موسراً ببعضه : فإنه يعتق منه بقدر ماهو موسر به . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لايعتق عليه إلا حصته فقط . وتقدم ذلك قريباً ، فليعاود .

وتقدم أيضاً « هل يوقف العتق على أداء القيمة أم لا ؟ »

قوله ﴿ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لِشَرِيكِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . ونص عليه .

قال الزركشى : هذا المعروف المشهور .

وفى الإرشاد وجه : أن عليه قيمته يوم تقويمه . وحكاه الشيرازى أيضاً .

قال الزركشى : وهو قياس القول الذى لنا فى الغصب .

وكذا الحكم لو عتق عليه كله .

فائدة : لو عدمت البينة بقيمته : فالقول قول المعتق . جزم به فى المغنى ، والشرح والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال فى الفائق : ويقبل فيها قول الشريك مع عدم البينة . فلعله سبقة قلم .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا : لَمْ يَعْتِقْ إِلاَّ نَصِيبُهُ . وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : يعتق كله . ويستسعى العبد فى قيمة باقيه ، غير مشقوق عليه .

وتقدم ذلك كله وأحكامه وفروعه ، والخلاف فيه ، ومايتعلق بذلك من

الفروع قريبا عند قوله « وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه » فإن الحكم هنا وهناك واحد عند الأصحاب . فلا حاجة إلى إعادته .

تنبيه : يأتى قريباً « إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم ، هل يسرى أم لا ؟ »

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِثَلاثَةٍ : لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ ، وَلِلثَّالِثِ سُدُسُهُ . فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا ـ وَهُمَا مُوسِرَانِ ـ عَتَقَ عَلَيْهِمَا . وَضَمِنَا حَقَّ شَرِيكِهِمَا فِيهِ نِصْفَيْنِ . وَصَارَ وَلاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثًا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والخرقى ، وغيرهما .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

قال الزركشى : هو المذهب المجزوم به بلا ريب .

ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه . وهو لأبى الخطاب فى الهداية .

وجزم به فى المذهب ، إلا أن تكون النسخة مغلوطة .

فائدتان

إحداهما : يتصور عتقهما معا فى صور :

منها : أن يتفق لفظهما بالعتق فى آن واحد .

ومنها : أن يعلقاه على صفة واحدة .

ومنها : أن يوكلا شخصاً يعتق عنهما . أو يوكل أحدهما الآخر .

قوله ﴿ وَإِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ نَصِيبَهُ مِنْ مُسْلِمٍ ـ وَهُوَ مُوسِرٌ ـ سَرَى إِلَى بَاقِيهِ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والمصنف ، والشارح ، والناظم .

قال فى الفائق : سرى إلى سائره فى أصح الوجهين .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لايسرى . ذكره أبو الخطاب فمن بعده .

قال ابن رزين : وليس بشىء . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وتقدم فى كتاب البيع « هل يصح شراء الكافر مسلما يعتق عليه بالرحم أم لا ؟ » .

وتقدم فى باب الولاء « إذا قال الكافر لرجل : أعتق عبدك المسلم عنى ، وعلىّ ثمنه : هل يصح أم لا ؟ » .

الثانية : لو قال « أعتقت نصيب شريكى » كان لغوا . ولو قال « أعتقت النصف » انصرف إلى ملكه ، ثم سرى . لأن الظاهر : أنه أراد نصيبه .

ونقل ابن منصور ـ فى دار بينهما ـ فقال أحدهما « بعتك نصف هذه الدار » لايجوز . إنما له الربع من النصف ، حتى يقول : نصيبى .

ولو وكل أحدهما الآخر ، فأعتق نصفه ولا بناء . ففى صرفه إلى نصيب موكله ، أم نصيبه ، أم إليهما ؟ احتمالات فى المغنى . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : الصواب عتق نصيبه لاغير .

قوله ﴿ وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحد مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ـ وَهُمَا مُوسِرَانِ ـ فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا . لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ . وَصَارَ مُدَّعِيًا عَلَى شَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ : لَمْ يَعْتِقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . لكن للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ، و يعتق جميعه أو مع أحدهما ، و يعتق نصفه ـ إذا قلنا : إن العتق يثبت بشاهد و يمين ، وكان عدلا ـ على مايأتى . ذكره الأصحاب .

وذكر ابن أبى موسى : لايصدق أحدهما على الآخر .

وذكره أبو بكر فى زاد المسافر . وعلله بأنهما خصمان ، ولا شهادة لخصم على خصمه .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ : عَتَقَ حِينَئِذٍ . وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِهِ ﴾ .

يعنى : إذا كانا معسرين . وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال أبو الخطاب : يعتق جميعه .

قال الناظم : وليس ببعيد . وأطلقهما فى الفائق .

فعلى قول أبى الخطاب : لاولاء له فيما اشتراه مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعاية .

وقيل : له ولاؤه كله ، إن أكذب نفسه .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ الأَوَّلُ ، وَهُوَ مُوسِرٌ : عَتَقَ كُلُّهُ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقيل : يعتق عليهما . وهو احتمال للمصنف .

قوله ﴿ وإذا قَالَ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ ، فَنَصِيبِي حُرٌّ مَعَ نَصِيبِكَ ، فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ : عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، مُوسِراً كَانَ أَوْ مُعْسِراً ﴾ هذا المذهب .

قال فى الفروع : والأصح عتقه عليهما .

قال فى المستوعب : قاله أصحابنا . قال الشارح : وهذا أولى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : يعتق كله على المعتق الأول .

فوائد

إحداها : وكذا الحكم — والخلاف والمذهب — فيما إذا قال « إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك » قاله فى الفروع .

وقيل : يعتق جميعه على صاحب الشرط بالشرط . ويضمن حق شريكه . اختاره فى المستوعب . ومع إعسارهما يعتق عليهما .

الثانية : لو قال لأمته « إن صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة قبله » فصلت كذلك : عتقت . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ذكره آخر الباب ، وقال : صلاة صحيحة .

وقيل : لاتعتق . جزم به أبو المعالى . لبطلان الصفة بتقدم المشروط .

الثالثة : لو قال « إن أقررت بك لزيد فأنت حر قبله » فأقر له به : صح إقراره فقط .

الرابعة : لو قال « إن أقررت بك له فأنت حر ساعة إقرارى » لم يصح الإقرار ولا العتق .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالصِّفَاتِ ، كَدُخُولِ الدَّارِ ، وَمَجِىء الْأَمْطَارِ . وَلاَ يَمْلِكُ إِبْطَالَهَا بِالْقَوْلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة . وأ كثرهم قطع به .

وذكر فى الانتصار ، والواضح : أنه يجوز له فسخه .

ويأتى ذلك وغيره فى أول « باب تعليق الطلاق بالشروط » .

قوله ﴿ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَهِبَتُهُ ، وَوَقْفُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ﴾ .

ولا يحرم عليه وطء أمته بعد تعليق عتقها . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وعنه : لا يطؤها .

فائدة : لا يعتق قبل كمال الصفة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وخرج القاضي رواية ـ من الأيمان ـ بالعتق .

وقال في الفائق : وهو ضعيف .

قال الناظم : لا يعبأ بما في المجرد . ورده المصنف ، والشارح ، من خمسة أوجه .

قوله ﴿ فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ : عَادَتِ الصِّفَةُ ، إِلاَّ أَنْ تَكُونَ قَدْ وُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : تعود بعوده . وهو المذهب فيهما . نص عليه . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وصححه في التصحيح .

قال في القاعدة الأربعين ، أشهر الروايتين : أنها تعود بعود الملك ، إذا وجدت الصفة بعد زوال الملك .

وجزم به في الوجيز ، والعمدة ، وغيرهما . وقدمه في المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية .

وفرق القاضي بين الطلاق والعتاق . فإن ملك الرقيق لا ينبني فيه أحد الملكين على الآخر ، بخلاف النكاح . فإنه ينبني فيه أحد الملكين على الآخر في عدد الطلاق ، على الصحيح .

قال فى القواعد : وهذا التفريق لا أثر له ، إذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحنث وجود الصفة فى غير الملك . انتهى .

والرواية الثانية : لا تعود الصفة . جزم به أبو محمد الجوزى فى الطريق الأقرب

قال فى الفائق : وهو أرجح . وقدمه فى الخلاصة .

وعنه : لا تعود الصفة . سواء وجدت حال زوال ملكه أو لا ، حكاها الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكرها مرة قولا .

قوله ﴿ وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِمَوْتِهِ . فَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِى ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِى بِشَهْرٍ ، فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتِقُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

ذكر المصنف مسألتين . الأولى : إذا قال « إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر » وأطلق فيها روايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

إحداهما : لا يصح . ولا يعتق بوجود الشرط . وهو الصحيح . صححه المصنف ، والشارح ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم .

والرواية الثانية : يصح ويعتق . صححه فى التصحيح ، والبلغة . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين .

فعلى هذه الرواية : لا يملك الوارث بيعه قبل نقله ، كالموصَّى به قبل قبوله ، قاله جماعة . منهم : صاحب الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

والمسألة الثانية : إذا قال « أنت حر بعد موتى بشهر » فأطلق المصنف فيه الروايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، فى باب التدبير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم

إحداهما : يصح . صححه فى التصحيح .

قال فى الرعايتين : صح فى الأصح . وجزم به فى الوجيز .

والرواية الثانية : لا يصح ولا يعتق . اختاره أبو بكر . وصححه فى النظم فى كتاب العتق . وقدمه فى الخلاصة فى باب التدبير .

وجزم به فى الحاوى الصغير . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وغالب الأصحاب يذكر هذه المسألة فى باب المدبر .

تنبيهان

أحدهما : قال فى فوائد القواعد : بنى طائفة من الأصحاب هاتين الروايتين على أن التدبير : هل هو تعليق عتق بصفة ، أو وصية ؟ على ما يأتى فى باب التدبير .

فإن قلنا التدبير وصية : صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت .

وإن قلنا عتق بصفة : لم يصح ذلك .

وهؤلاء قالوا : لو هو صرح بالتعليق . فقال « إن دخلت الدار بعد موتى بشهر فأنت حر » لم يعتق رواية واحدة . وهى طريقة ابن عقيل فى إشاراته .

قال ابن رجب : والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنياً على هذا الأصل ، وعلله ، وقال : ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تدبيرا . ومنهم من ينفى ذلك.

ولهم فى حكاية الخلاف فيه أربعة طرق . ذكرت فى غير هذا الموضع .

الثانى — على القول بالصحة — : فكسبه بعد الموت وقبل وجود الشرط : للورثة . على الصحيح من المذهب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم

ووجه فى القواعد : أن كسبه له ، من تصريح صاحب المستوعب : أن العبد باق على ملك الميت ، لاينتقل إلى الورثة ، كالموصى بعتقه .

فائدة : وكذا الحكم ـ خلافا ومذهبا ـ لو قال « اخدم زيداً سنة بعد موتى ثم أنت حر »

فعلى الصحة : لو أبرأه زيد من الخدمة : عتق من حينه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايعتق إلا بعد سنة . فإن كانت الخدمة لِبِيْعَةٍ ـ وهما كافران ـ فأسلم العبد . ففى لزوم القيمة عليه لبقية الخدمة : روايتان . ذكرهما ابن أبى موسى .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

إحداهما : لاتلزمه ، ويعتق مجانا . جزم به فى المنور .

قلت : وهو الصواب .

والرواية الثانية : تلزمه .

ولو قال لجاريته « إذا خدمت ابنى حتى يستغنى فأنت حرة » لم تعتق ، حتى تخدمه إلى أن يكبر ، ويستغنى عن الرضاع . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال ابن أبى موسى : لاتعتق ، حتى يستغنى عن الرضاع ، وعن أن يلقم الطعام ، وعن التنجى من الغائط .

نقل مهنا : لاتعتق حتى يستغنى . قلت : حتى يحتلم ؟ قال : لا ، دون الاحتلام

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِن مَلَكْتُ فُلاَنًا ، فَهُوَ حُرٌّ ، أَوْ كلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى المستوعب ، والحاوى الصغير ، والهداية ، والمذهب .

إحداهما : يصح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . المختار لعامة الأصحاب حتى إن بعضهم لايثبت مايخالفه .

قال فى القواعد : هذا المشهور من المذهب .

قال القاضي ، وغيره : اختاره أصحابنا . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله

قال في الرعايتين ، والفائق : صح في أصح الروايتين .

قال أبو بكر في الشافي : لايختلف قول أبي عبد الله فيه ، إلا ماروى محمد بن الحسن بن هارون في العتق : أنه لايعتق . وما أراه إلا غلطا .

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايصح .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . وصححه في التصحيح ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم .

وتقدم « إذا علق عتق عبده على بيعه » في أواخر باب الشروط في البيع .

فائدة : لو باع أمة بعبد ، على أن له الخيار ثلاثا ، ثم قال في مدة الخيار : هما حران . قال في الحاوي الصغير : لا أعرف فيها نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله . وقياس المذهب عندي : أنه يعتق العبد خاصة . لأن عتقه للأمة يترتب على فسخ البيع ، وعتقه للعبد لايترتب على واسطة . فيكون العتق إلى العبد أسبق . فيجب أن يعتق ، ولا تعتق الأمة . انتهى .

قلت : ينبغي أن ينبني ذلك على انتقال الملك في مدة الخيار وعدمه . فإن قلنا ينتقل : عتق العبد . وإن قلنا لاينتقل : عتقت الأمة .

قوله ﴿ وإنْ قَالهُ العَبْدُ : لَمْ يَصِحّ ، فِي أَصَحّ الوَجْهَيْنِ ﴾

يعني : إذا قال العبد « إن ملكت فلاناً فهو حر » أو « كل مملوك أملكه فهو حر » ثم عتق وملك ، على القول بصحته من الحر .

وهذا المذهب جزم به في الوجيز . وصححه في الشرح ، وشرح ابن منجا ، والخلاصة ، والنظم .

والوجه الثاني : يصح . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق .

قال في الهداية : فإذا قال العبد ذلك ، ثم عتق ، وملك مماليكا . فعلى الرواية التي تقول : تنعقد الصفة للحر ، هل تنعقد له هذه الصفة ؟ على وجهين .

فائدة : لو قال « أول عبد أملكه فهو حر » وقلنا : بصحة تعليق العتق على الملك ، فلم يملك إلا واحدا فقط : فقد عتق عليه . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى والشرح . ذكراه فى تعليل ماإذا ملك اثنين معاً .

وقيل : لايعتق . وأطلقهما فى الفروع . ويأتى قريباً : إذا ملك اثنين معا .

قوله ﴿ وإنْ قَالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ ـ وقُلْنَا بِصِحَةِ الصِفَةِ ـ فَمَلَكَ عَبِيدًا ثُمَّ مَاتَ ، فَآخِرُهُمْ حُرٌّ مِنْ حِينِ الشِّرَاءِ ، وكَسْبُهُ لَهُ ﴾ .

وقد علمت أن الصحيح من المذهب : صحة الصفة عند قوله « وإن قال : إن ملكت فلانا فهو حر ، أو كل مملوك أملكه فهو حر » .

فائدتان

إحداهما : لو قال « آخر مملوك أشتريه فهو حر » فملك أمة ، ثم ملك أخرى : لم يجز له وطء الثانية . لاحتمال أن لايشترى غيرها ، فتكون حرة من حين اشتراها . ذكره الأصحاب .

الثانية : لو كان آخر من اشترى مملوكين معاً ، أو علق العتق على أول مملوك فملكهما معا ، أو قال لأمته « أول ولد تلدنيه فهو حر » فولدت ولدين خرجا معاً .

فقيل : يعتقان . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وقالا : هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : لايعتقان .

وقيل : يعتق واحد بالقرعة . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح . ذكراه فيما إذا علق العتق على أول مملوك يملكه . فملك اثنين معاً .

وقدمه ابن رزين أيضاً فى شرحه . وقال : نص عليه .

قلت : ونقله مهنا فى « أول غلام يطلع ، أو امرأة تطلع : فهو حر ، أو طالق »

وذكر المصنف لفظ الرواية « أول من يطلع من عبيدى »

وأطلقهن فى الفروع ، وفى مختصر ابن رزين فى الطلاق .

ولو علقه بأول من يقوم ، فقمن معاً : طلقن . وفى منفردة به : وجه .

قال فى الفروع : كذا قال .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ ، فَوَلَدَتْ حَيًّا ، ثُمَّ مَيِّتًا : لَمْ يَعْتِقِ الْأَوَّلُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى الشرح .

وقيل : يعتق . وهو قياس قول القاضى ، والشريف أبى جعفر . وقدمه فى الفائق . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والفروع .

فائدة : وكذا الحكم والخلاف ، لو قال لأمته « أول ولد تلدينه فهو حر » أو قال « إذا ولدت ولداً فهو حر » فولدت ميتاً ، ثم حياً . بل جعلوا هذه أصلاً لتلك .

وصحح فى المغنى ، والشرح : عدم العتق . وجزم به فى المذهب ، وغيره . وهو المذهب .

وقال القاضى ، والشريف أبو جعفر : يعتق الحى منهما . وقدمه فى الفائق ، وشرح ابن رزين . واقتصر عليه فى المستوعب .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ ، فَأَشْكَلَ الآخِرُ مِنْهُمَا : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعاية ، والحاوى . وقدمه فى الفروع . وعنه : يعتقان .

واختار فى الترغيب : أن معناهما أن أمَدَ منع السيد منهما : هل هو القرعة ،

أو الانكشاف ؟ وكذا الحكم إن عينه ثم نسيه . قاله فى الرعاية وغيره .

فائدة : لو قال « أول غلام لى يطلع فهو حر » فطلع عبيده كلهم ، أو قال لزوجاته « أيتكن طلع أولاً فهى طالق » فطلعن كلهن . فنص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يميز واحداً من العبيد ، وامرأة من الزوجات بالقرعة ، فى رواية مهنا .

واختلف الأصحاب فى هذا النص .

فمنهم من حمله على أن طلوعهم كان مرتباً ، وأشكل السابق .

ومنهم من أقر النص على ظاهره ، وأنهم طلعوا دفعة واحدة . وقال : صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده . والمعتق إنما أراد عتق واحد منهم . فيميز بالقرعة . وهى طريقة القاضى فى خلافه .

ومنهم من قال : يعتق و يطلق الجميع . لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ، ولفظه صالح للعموم . لأنه مفرد مضاف .

أو يقال : الأولية صفة للمجموع لا للأفراد . وهو الذى ذكره المصنف فى المغنى فى الطلاق .

ومنهم من قال : لا يعتق ولا يطلق أحد منهم . لأن الأول لا يكون إلا فرداً لا تعدد فيه ، والفردية مشتبهة هنا . وهو الذى ذكره القاضى ، وابن عقيل فى الطلاق والسامرى ، وصاحب الكافى .

قال فى القواعد : و يتخرج وجه آخر ، وهو : أنه إن طلع بعدهم غيرهم من عبيده وزوجاته : طلقن وعتقن ، و إلا فلا . بناء على أن الأول هو السابق لغيره . فلا يكون أولاً حتى يأتى بعده غيره ، فتتحقق له بذلك صفة الأولية . وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . ذكره فى آخر القواعد .

قوله ﴿ وَلاَ يَتْبَعُ وَلَدُ المُعْتَقَةِ بِالصِفَةِ أُمَّهُ فى العِتْقِ ، فِى أَصَحِ الوَجْهَيْنِ إلا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيقِ عِتْقِهَا ﴾

إذا كانت حاملا حال عتقها ، أو حال تعليق عتقها : فإنه يتبعها بلا خلاف أعلمه

وإن وجد حمل بعد التعليق ووضعته قبل وجود الصفة ـ وهي مسألة المصنف هنا ـ فصحح عدم التبعية . وهو المذهب . صححه فى النظم ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

والوجه الثاني : يتبعها . جزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والقواعد الفقهية .

فائدة : لا يتبع الولد أمه إذا كان منفصلا حال التعليق بلا خلاف أعلمه .

قوله ﴿ وإذَا قَالَ لعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وعَلَيْكَ أَلْفٌ ، أَوْ عَلَيَّ أَلْفٌ : عَتَقَ ولا شيء عَلَيْهِ ﴾

إذا قال لعبده « أنت حر وعليك ألف » عتق ، ولا شيء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال المصنف والشارح : هكذا ذكره المتأخرون من أصحابنا .

قال فى الفروع : يعتق ولا شيء عليه . على الأصح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . وصححه الناظم .

وعنه : لا يعتق إن لم يقبل . وأطلقهما فى المحرر .

وإذا قال لعبده « أنت حر على ألف » فقدم المصنف هنا : أنه يعتق مجانا بلا قبول . وهو إحدى الروايتين . ونصره القاضى ، وأصحابه .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ونظم المفردات . وهو منها .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : إن لم يقبل العبد لم يعتق . وهذا المذهب .

قال المصنف هنا : وهو الصحيح . وصححه فى الشرح ، وشرح ابن منجا ،

وجزم به الأدمى فى منتخبه . وقدمه فى الفروع . وأطلقهما فى المحرر .

وذكر فى الواضح رواية : أن قوله « أنت حر على ألف » شرط لازم بلا قبول كبقية الشروط .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو قال له « أنت حر على أن تعطينى ألفاً » أو قال لأمته « أعتقتك على أن تزوجينى نفسك » لكن إن أبت لزمها قيمة نفسها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : تعتق مجانا بقبولها . واختار ابن عقيل : أنها لا تعتق إلا بالأداء .

الثانية : لو قال له « أنت حر بمائة » أو « بعتك نفسك بمائة » فقبل عتق ولزمته المائة ، وإلا فلا . جزم به فى الرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وإن لم يقبل لم يعتق عند الأصحاب . وقطعوا به .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله وجها : أنه يعتق بغير شىء ، كما لو قال لها « أنت طالق بألف » على ما يأتى فى كلام المصنف فى أواخر الخلع . لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى . وليس العوض ركنا فيهما إذا لم يعلقهما عليه .

وعلى المذهب ـ واختيار الأصحاب ـ الفرق بينهما : أن خروج البضع فى النكاح[1] غير متقوم ، على الصحيح من المذهب . على ما يأتى فى باب الرضاع . بخلاف العبد . فإنه مال محض . قاله فى القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة .

قوله ﴿ وإنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِى سَنَةً : فَكَذَلِكَ ﴾

يعنى : كقوله « أنت حر على ألف »

فعلى إحدى الروايتين : يعتق مجانا . وعلى الرواية الأخرى : لا يعتق حتى يقبل . وقد علمت الصحيح من المذهب فى الروايتين . وهذا إحدى الطرق فى المسألة

(١) فى نسخة الأحمدية « فى غير النكاح »

وقدم هذه الطريقة فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقيل : يعتق هنا بلا قبول . وتلزمه الخدمة .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى المحرر : هذا ظاهر كلامه .

وجزم به فى القواعد ، وقال : نص عليه وجزم به صاحب الوجيز .

وهى الطريقة الثانية . وأطلقهما فى الفروع بقيل وقيل .

وقال فى المستوعب ، والحاوى الصغير : إن لم يقبل فعلى روايتين .

إحداهما : يعتق . ولا يلزمه شىء .

والثانية : لا يعتق .

وقدما فى « أنت حر على ألف » أنه يعتق مجاناً . فخالفا الطريقتين .

وقيل : إن لم يقبل لم يعتق . رواية واحدة . وهى الطريقة الثالثة .

وعلى كلامه فى المستوعب ، والحاوى : تكون طريقة رابعة .

وتقدم ذلك فى أوائل الباب .

فوائد

الأولى : مثل ذلك فى الحكم : لو استثنى نفعه مدة معلومة .

الثانية : لو مات السيد فى أثناء السنة : رجع الورثة على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة . قاله المصنف ، والسامرى ، وابن حمدان ، وغيرهم .

الثالثة : يجوز للسيد بيع هذه الخدمة . نص عليه .

نقل حرب : لا بأس ببيعها : من العبد أم ممن شاء .

وعنه : لا يجوز . نص عليه . وهو الصواب .

ذكر هاتين الروايتين ابن أبى موسى . وأطلقهما فى المستوعب ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والقواعد الفقهية .

الرابع : قال فى الفروع : لم يذكر الأصحاب مالو استثنى السيد خدمته مدة حياته . وذكروا صحة ذلك فى الوقف . قال : وهذا مثله .

يؤيده : أن بعضهم احتج بمـا رواه الإمام أحمد ، وأبو داود « أن أم سلمة رضى الله عنها أعتقت سفينة ، وشرطت عليه خدمة النبى صلى الله عليه وسلم ماعاش »

قال : وهذا بخلاف شرط البائع خدمة المبيع مدة حياته . لأنه عقد معاوضة ، يختلف الثمن لأجله . انتهى .

قلت : صرح بذلك ـ أعنى بجواز ذلك ـ فى القواعد ، فى القاعدة الثانية والثلاثين . وتقدم ذلك فى أول الباب .

الخامس : لو باعه نفسه بمال فى يده : صح . على الصحيح من المذهب .

قال فى الرعايتين ، والفائق : صح على أصح الروايتين .

قال فى المغنى ، والشرح ـ فى الولاء ـ : وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حالٍّ : عتق ، والولاء لسيده . لأنه يبيع ماله بمـاله . فهو مثل المكاتب سواء . والسيد هو المعتق لهما ، فكان الولاء له عليهما . انتهيا .

وعنه : لايصح . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الترغيب : مأخذهما : هل هو عقد معاوضة ، أو تعليق محض ؟ ويأتى فى الكتابة : هل تصح الكتابة حالة ؟ .

السادسة : لو قال « إن أعطيتنى ألفاً ، فأنت حر » فهو تعليق محض . لايبطل مادام ملكه . ولا يعتق بالإبراء منها ، بل بدفعها . نص عليه . وما فضل عنها فهو لسيده . ولا يكفيه أن يعطيه من ملكه . إذ لاملك له على أصح الروايتين . فهو كقوله لامرأته « إن أعطيتنى مائة فأنت طالق » فأتت بمائة مغصوبة . ففى وقوعه احتمالان . قاله فى الترغيب .

قال فى الفروع : والعتق مثله ، وأن هذا الخلاف يجرى فى الفاسدة إذا صرح بالتعليق .

ونقل حنبل فى الأولى : إن قاله الصغير لم يجز ، لأنه لم يقدر عليه .

السابعة : لو قال « جعلت عتقك إليك » أو « خيرتك » ونوى تفويضه إليه . فأعتق نفسه فى المجلس : عتق . ويتوجه كطلاق . قاله فى الفروع .

ولو قال « اشترنى من سيدى بهذا المال ، وأعتقنى » ففعل : عتق . ولزم مشتريه المسمى . وكذا إن اشتراه بعينه ، إن لم تتعين النقود . وإلا بطلا .

وعنه : أجيز عنه .

وذكر الأزجى : إن صرح الوكيل بالإضافة إلى العبد : وقع عنه ، وعتق ، وإن لم يصرح : احتمل ذلك ، واحتمل أن يقع عن الوكالة . لأنه لو وقع لعتق . والسيد لم يرض بالعتق .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِى حُرٌّ : عَتَقَ عَلَيْهِ مُدَبَّرُوهُ وَمُكَاتَبُوهُ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ ﴾ .

وكذا عبيد عبده التاجر . بلا نزاع فى ذلك .

وعتق عليه ﴿ شِقْصٌ يَمْلِكُهُ ﴾ مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : لا يعتق الشقص بدون نية . ذكره ابن أبى موسى . ونقله مهنا . كما لو كان له شقص فقط . وقال : ذلك ذكره ابن عقيل .

فائدة : لو قال « عبدى حر » أو « أمتى حرة » أو « زوجتى طالق » ولم ينو معيناً : عتق الكل ، وتطلق كل نسائه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وهذا مبنى على أن المفرد المضاف يعم . والصحيح من المذهب : أنه يعم .

وقيل : يعتق واحد بالقرعة .

وقيل : يعتق واحد ، وتطلق واحدة . وتخرج بالقرعة . اختاره المصنف فى المغنى . قال فى الفائق : وهو المختار .

ويأتى التنبيه على ذلك أيضاً فى أول « باب صريح الطلاق وكنايته » .

تنبيه : قال فى الفروع ـ عن هذه المسألة ـ والمراد : إن كان « عبد » مفرداً لذكر وأنثى . فإن كان لذكر فقط : لم يشمل أنثى ، إلا إن اجتمعا تغليباً .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن قال لخدم له رجال ونساء ـ « أنتم أحرار » وكانت معهم أم ولده ، ولم يعلم بها ـ : إنها تعتق .

قال أبو محمد الجوزى ـ بعد المسألة ـ وكذا إن قال « كل عبد أملكه فى المستقبل » .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

وكذا لو قال « أحد عبيدى حر » أو « بعضهم حر » ولم ينوه : يقرع بينهم . وهو من مفردات المذهب .

وخرج فى القواعد وجهاً : أنه يعتق بتعيينه ، من الرواية التى فى الطلاق .

وكذا لو أدى أحد مكاتبيه وجهل : أقرع هو أو وارثه فى الجميع .

ولو قال لأمتيه « إحداكما حرة » حرم وطؤهما معاً بدون قرعة . على الصحيح من المذهب .

وفيه وجه : تتميز المعتقة بتعيينه . فإن وطىء واحدة لم تعتق الأخرى . كما لو عينها ثم أنسيها .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : ويحتمل أن تعتق .

قال : فلو قال لإمائه الأربع « إن وطئتُ واحدة منكن فواحدة منكن حرة » ثم وطىء ثلاثا : أقرع بين الأولة والرابعة . فإن وطئها عتقت الأولة . وإن كان وطئها ثانيا قبل وطء الرابعة : عتقت الرابعة فقط . ويحد ، إن علم قبله بعتقها .

ويأتى فى باب الشك فى الطلاق « إذا قال : إن كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر . وقال آخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حر » .

وكثير من الأصحاب يذكر هذه المسألة هنا .

قوله ﴿ وإنْ أَعْتَق عَبْدًا ، ثُم أُنْسِيَه : أُخْرِجَ بالقُرْعَةِ ﴾

إما المعتق أو وارثه ، وهذا بلا نزاع . وهو من مفردات المذهب .

وخرج فى القواعد وجها : أنه لايقرع هنا ، من الطلاق .

قال : وأشار إليه بعض الأصحاب . ذكره فى آخر القواعد .

﴿ فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَهَا أَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ : عَتَقَ . وَهَلْ يَبْطُلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، والفائق .

أحدهما : يبطل عتقه . وهو الصحيح من المذهب . كما لو كانت القرعة بحكم حاكم . فإنها لو كانت بحكم حاكم : لم يبطل عتقه . على الصحيح من المذهب .

وصححه فى التصحيح ، والمذهب . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

الوجه الثانى : لايبطل ، كما لو كانت القرعة بحكم حاكم . فإنها لو كانت بحكم حاكم : لم يبطل عتقه ، قولا واحداً .

وهذا الوجه مقتضى قول ابن حامد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ فِى مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ـ وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ـ عَتَقَ جَمِيعُهُ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

وقال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وعنه : لايعتق إلا ما أعتق أو دبر لاغير .

وعنه : يعتق جميعه فى المنجز دون التدبير .

وأطلق فى الشرح الروايتين فى تـكميل العتق بالتدبير ، إذا كان يخرج من الثلث . وقدم عتق الجميع فيما إذا نجز البعض .

فائدة : لو مات العبد قبل سيده : عتق منه بقدر ثلثه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يعتق كله . لأن رد الورثة هنا لا فائدة لهم فيه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ ـ وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَهُ ـ أَعْطِيَ الشَّرِيكَ ﴾ .

يعنى : قيمة حصته ، وكان جميعه حراً فى إحدى الروايتين .

وأطلقهما فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والخرقى ، والزركشى .

إحداهما : يعتق جميعه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

واختاره أبو الخطاب فى خلافه . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والأخرى : ﴿ لَايَعْتِقُ إِلَّا مَامَلَكَ مِنْهُ ﴾

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . واختاره الشيرازى ، والشريف .

وقال القاضى : ما أعتقه فى مرض موته : سرى . وما دبره ، أو وصى بعتقه : لم يسر .

فالرواية فى سراية العتق فى حال الحياة : أصح . والرواية فى وقوفه فى التدبير : أصح . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله ، أعنى : التفرقة .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبُدٍ ، قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ـ وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ـ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُمْ : بِيعُوا فِي دَيْنِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، والرعاية الـكبرى ، فى باب تبرعات

المريض . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . وقدمه فى شرح ابن منجا .
(وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ ثُلُثُهُمْ) .

وهو رواية ذكرها أبو الخطاب .

فإن التزم وارثه بقضاء الدين : ففى نفوذ عتقهم وجهان .

وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والزركشى ، والمغنى ، والشرح .
وقالا ، وقيل : أصل الوجهين : إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره ، وعلى الميت دين ، فقضى الدين ، هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

قلت : الصواب نفوذ عتقهم .

فائدتان

إحداهما : لو ظهر عليه دين يستغرق بعضهم : احتمل بطلان عتق الكل .
واحتمل أن يبطل بقدر الدين .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ . ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ : عَتَقَ مَنْ أُرِقَّ مِنْهُمْ ﴾ .

بلا نزاع . وكان كسبهم لهم من منذ عتقوا .

وقدم ابن رزين : أنه لا ينفذ عتقهم . وحكاهما فى الكافى احتمالين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ . فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِى حَيَاتِهِ : أُقْرِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيَّيْنِ . فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ رَقَّ الْآخَرَانِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى أَحَدِ الْحَيَّيْنِ : عَتَقَ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .
وقيل : يقرع بين الحيين ، دون الميت .

قوله ﴿ وَإنْ أعْتقَ الثَّلاثَةَ فِى مَرَضِهِ . فَمَاتَ أحَدُهُمْ فِى حَيَاةِ السَّيِّدِ : فَكَذَلِكَ فِى قَوْلِ أبى بَكْرٍ ﴾ .

وحكاه عن الإمام أحمد رحمه الله ـ يعنى : يقرع بينه و بين الحيين ـ وهو المذهب . قدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال المصنف هنا ﴿ والأوْلَى : أنْ يُقْرَعَ بَيْنَ الحَيَّيْنِ ، ويَسقُطَ حُكمُ المَيِّتِ ﴾ وجزم به فى الوجيز ، كعتقه أحد عبديه غير معين ، فمات أحدهما . فإنه يتعين العتق فى الثانى . ذكره القاضى وغيره .

وقيل : يقرع بين الحيين فى هذه المسألة دون التى قبلها . ذكره فى الرعاية الكبرى .

ذكر هذه المسائل فى الفروع ، فى آخر « باب تبرعات المريض » .

وذكرها فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى ، فى أول « باب تبرعات المريض »

فائدة : وكذا الحكم إن أوصى بعتقهم . فمات أحدهم بعده .

وقيل : إن أعتقهم ، أو دبرهم ، أو أوصى بعتقهم ، أو دبر بعضهم وأوصى بعتق الباقين ، فمات أحدهم : أقرعنا بينهم . فإن خرجت القرعة الميت حسبناه من التركة . وقومناه حين العتق . و إن خرجت لحىّ .

فإن كان الموت فى حياة السيد ، أو بعدها قبل قبض الورثة : لم يحسب من التركة غير الحيين . فيكمل ثلثهما ممن قرع ، أو يقوم به يوم العتق .

وقيل : يحسب الميت من التركة ، و يقرع من قرع إن خرج حياً من الثلث و إلا عتق منه بقدره .

و إن كان الموت بعد قبض الورثة : حسب من التركة .

و بدون الموت : يعتق ثلثهم بالقرعة ، إن لم يجز الورثة مازاد عليه . ذكر ذلك فى الرعاية الكبرى .

باب التدبير

قوله ﴿ وَهُوَ تَعْلِيقُ العِتقِ بِالموْتِ ﴾ .

هكذا قال الأصحاب ، زاد فى المذهب : أو بشرط يوجد بعد الموت .

قوله ﴿ وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلثِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب . ونقل حنبل : يعتق من كل المال .
قال فى الكافى : ولا عمل عليه .

قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه .

قال فى الفوائد : وهو متخرج على أنه عتق لازم ، كالاستيلاد .

وعنه : يعتق من كل المال إذا دبره فى الصحة دون المرض .

فائدة : يصح تعليقه بالموت مطلقاً ، نحو « إن مت فأنت حر » ومقيداً ، نحو « إن مت من مرضى هذا ، أو عامى ، أو بهذا البلد : فأنت حر » .

وإن قالا لعبدهما « إن متنا فأنت حر » فهو تعليق للحرية بموتهما جميعاً . ذكره القاضى ، وجماعة . واقتصر عليه فى الفروع . ولا يعتق بموت أحدهما شىء منه . ولا يبيع وارثه حقه .

قدمه فى الفروع . وقاله الإمام أحمد رحمه الله .

واختار المصنف وغيره : إذا مات أحدهما فنصيبه حر .

قلت : وهذا المذهب .

قال فى الفروع : فإذا أراد أنه حر بعد آخرهما موتاً ، فإن جاز تعليق الحرية على صفة « بعد الموت » عتق بعد موت الآخر منهما عليهما ، وإلا عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير .

وفى سرايته ــ إن احتمله ثلثه ــ الروايتان .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال الخرقي : يصح تدبير الغلام إذا جاوز العشر ، والجارية : إذا جاوزت التسع .

تنبيه : قوله ﴿ وَصَرِيحُهُ : لَفْظُ العِتقِ وَالْحُرِّيَّةِ المُعَلقين بِالمَوْتِ . وَلَفْظُ التَّدْبِيرِ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا ﴾ .

مراده : غير لفظ الأمر والمضارع .

كما تقدم التنبيه عليه في أول كتاب العتق فليراجع .

فائدة : كنايات العتق المنجز : تكون للتدبير إذا أضاف إليه ذكر الموت . قاله الأصحاب .

فائدة : قوله ﴿ وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتّ فِي مَرَضِي هَذَا ، أَوْ عَامِي هَذَا : فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُدَبَّرٌ ﴾ .

وكذا لو قال له « إذا قدم زيد ، أو جاء رأس الشهر ، فأنت مدبر » بلا نزاع

ويصح مؤقتاً ، نحو « أنت مدبر اليوم » نص عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ . فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبَّرًا ﴾ بلا نزاع .

أعني إذا قلنا : يصح تعليق العتق على صفة ، على ماتقدم في كتاب العتق .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ . فَقِيَاسُ المَذْهَبِ : أَنَّهُ كَذَلِكَ ﴾ .

يعني « كمتى شئت » وأنه لايتقيد بالمجلس . وهو المذهب . صححه في المحرر ، والنظم ، والفائق . وجزم به في الوجيز . وقدمه في المغني ، والفروع .

وقال أبو الخطاب : إن شاء في المجلس صار مدبراً ، وإلا فلا . وقاله القاضي أيضاً . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والهادى ، و إدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وتجريد العناية .

فائدة : لوقال « إذا شئت فأنت مدبر » فهو كقوله « متى شئت فأنت مدبر » على الصحيح من المذهب . فلا يتقيد بالمجلس .

وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والشرح .

وقال القاضى : يختص بالمجلس . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

فائدة أخرى : لو قال « متى شئت بعد موتى فأنت حر » أو « أى وقت شئت بعد موتى فأنت حر » فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت . والصحيح من المذهب : أنه لا يصح . وقد تقدم ذلك فى كتاب العتق .

وقال القاضى : يصح .

فعلى قوله : يكون ذلك على التراخى بعد موته ، وما كسب فهو لورثة سيده .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِى تَدْبِيرِى ، أَوْ أَبْطَلْتُهُ : لَمْ يَبْطُلْ . لِأَنّه تَعْلِيقٌ لِلعِتْقِ بِصِفَةٍ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . قال الزركشى : هذا المذهب عند الأصحاب .

واختاره القاضى ، وقال فى كتاب الروايتين : هذه الرواية أجود الروايتين .

وصححها ابن عقيل فى التذكرة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الخلاصة : لم يبطل على الأصح . وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وعنه : يبطل كالوصية . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفائق .

وعنه : لا يبطل إلا لقضاء دينه .

وفى التبصرة رواية : لايبطل فى الأمة فقط .

فعلى الرواية الثانية : لايصح رجوعه فى حمل لم يوجد . وإن رجع فى حامل ، ففى حملها وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعايتين ، والقواعد الفقهية ، والزركشى قلت : الصواب أنه لايكون رجوعاً فيه .

تنبيهان

أحدهما : قال فى الترغيب وغيره : محل الروايتين : إذا لم يأت بصريح التعليق أو بصريح الوصية . واقتصر عليه فى الفروع .

الثانى : قوله « لأنه تَعْليقَ للعتق عَلَى صِفَةٍ » .

تقدم فى « كتاب العتق » أنه يصح تعليق العتق على صفة فى كلام المصنف .

فائدة : اعلم أن التدبير هل هو تعليق للعتق على صفة ، أو هو وصية ؟ فيه روايتان . الصحيح منهما ـ وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ـ أنه تعليق للعتق على صفة .

تنبيه : ينبنى على هذا الخلاف مسائل جمة .

منها : لو قتل المدبر سيده : هل يعتق ، أم لا ؟ على مايأتى آخر الباب فى كلام المصنف .

ومنها : بيعه وهبته : هل يجوز أم لا ؟ على مايأتى قريباً فى كلام المصنف أيضاً .

ومنها : هل اعتباره من الثلث ، أم من كل المال ؟ على ماتقدم فى أول الباب .

ومنها : إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول . وهى مسألة المصنف المتقدمة .

قال ابن رجب : بناهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل .

فإن قيل هو وصية : جاز الرجوع عنه . وإن قلنا هو عتق بصفة : فلا .

قال : وللقاضى ، وأبى الخطاب ـ فى تعليقيهما ـ طريقة أخرى : أن الروايتين هنا مبنيتان على قولنا إنه وصية : تنجز بالموت ، من غير قبول ، بخلاف بقية الوصايا .

وهو منتقض بالوصية لجهات البر .

قال : ولأبى الخطاب ـ فى الهداية ـ طريقة ثالثة ، وهى : بناءهاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع . أما إن قلنا : يمتنع الرجوع بالفعل ، فبالقول أولى .

ومنها : لو باع المدبر ثم اشتراه : فهل يكون بيعه رجوعاً ، فلا يعود تدبيره ، أم لا يكون رجوعا ، فيعود ؟ فيه روايتان أيضاً . بناهما القاضى والأكثرون على هذا الأصل .

فإن قلنا : التدبير وصية : بطلت بخروجه عن ملـكه ، ولم تعد بعوده .

وإن قلنا : هو تعليق بصفة : عاد بعود الملك . بناء على أصلنا فى عود الصفة بعود الملك فى العتق والطلاق .

وطريقة الخرقى ، وطائفة من الأصحاب : أن التدبير يعود بعود الملك هنا . رواية واحدة . بخلاف ماإذا أبطل تدبيره بالقول . وهو يتنزل على أحد أمرين .

إما أن الوصية لاتبطل بزوال الملك مطلقاً . بل تعود بعوده .

وإما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة .

ويأتى أصل المسألة فى كلام المصنف قريباً .

ومنها : لو قال « عبدى فلان حر بعد موتى بسنة » فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة ، أم يبطل ؟ على روايتين .

وتقدم ذلك فى كلام المصنف ، فى « كتاب العتق » فليراجع .

ومنها : لو كاتب المدبر ، فهل يكون رجوعاً عن التدبير أم لا ؟ على مايأتى فى كلام المصنف قريباً .

ومنها : لو وصى بعبده . ثم دبره . ففيه وجهان . أشهرهما : أنه رجوع عن الوصية . والثانى : ليس برجوع .

فعلى هذا : فائدة الوصية به : أنه لو أبطل تدبيره بالقول ، لابستحقه الموصى له . ذكره فى المغنى .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ينبنى على أن التدبير : هل هو عتق بصفة أو وصية ؟ فإن قلنا : هو عتق بصفة ، قدم على الموصى به ، وإن قلنا : هو وصية ، فقد ازدحمت وصيتان فى هذا العبد . فينبنى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً : هل تُقدم ، أم يتحاصّ العتق وغيره ؟ على روايتين .

فإن قلنـا بالمحاصة : فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ، ويصح ذلك على المنصوص . انتهى .

قال فى الفوائد ، وقد يقال : الموصى له ، إن قيل : لا يملك حتى يقبل ، فقد سبق زمن العتق زمن ملـكه فينفذ .

وإن قيل : يملك من حين الموت ، فقد تقارن زمن ملـكه وزمن العتق . فينبغى تقديم العتق . كما نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى مسألة من علق عتق عبده ببيعه .

ومنها : الوصية بالمدبر ، فالمذهب : أنها لاتصح . ذكرها القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما . لأن التدبير الطارىء إذا لم يبطل الوصية ــ على المشهور ــ فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له ؟

وبنى المصنف هذه المسألة أيضاً على الأصول السابقة .

ومنها : ولد المدبرة . هل يتبعهـا فى التدبير أم لا ؟ على ما يأتى فى كلام المصنف قريباً .

قوله ﴿ وَله بَيْعُ الْمُدَبّرِ وَهِبَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم : القاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

قال فى الفائق : هذا المذهب .

قال فى الفوائد : والمذهب ، الجواز .

قال الزركشى : هذا المذهب عند الأصحاب . وصححه فى النظم ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم . لأن التدبير إما وصية أو تعليق بصفة . وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة .

وعنه : لايجوز بيعه مطلقاً . بناء على أنه عتق بصفة . فيكون لازماً كالاستيلاد

وعنه : لايباع إلا فى الدين . وهو ظاهر كلام الخرقى فى العبد . فقال : وله بيعه فى الدين . ولا تباع المدبرة فى إحدى الروايتين ، وفى الأخرى : الأمة كالعبد . انتهى .

وعنه : لا تباع إلا فى الدين أو الحاجة . ذكرها القاضى فى الجامع ، وكتاب الروايتين ، والمصنف فى الكافى ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره الخرقى . وقد تقدم لفظه .

وعنه : لا تباع الأمة خاصة .

قال فى الروضة : وله بيع العبد فى الدين . وفى بيعه الأمة فيه روايتان .

ومنها : لو جحد السيد التدبير ، فنص الإمام أحمد رحمه الله : أنه ليس برجوع . قدمه ابن رجب .

وقال الأصحاب : إن قلنا هو عتق بصفة ، لم يكن رجوعاً ، وإن قلنا : هو وصية ، فوجهان . بناء على ما إذا جحد الموصى الوصية ، هل هو رجوع ، أم لا ؟

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع : وإن أنكره لم يكن رجوعاً ، إن قلنا تعليق وإلا فوجهان . انتهى .

قلت : الصحيح من المذهب : أنه إذا جحد الوصية لا يكون رجوعاً ، على ماتقدم .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن جوزنا الرجوع وحلف : صح . وإلا فلا .

ويأتى آخر الباب « بما يحكم عليه ، إذا أنكر التدبير ؟ » .

فائدة : حكم وقف المدبر حكم بيعه . قاله فى الرعايتين ، والزركشى ، وغيرهم . وكذا حكم هبته .

قوله ﴿ وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّدْبِيرُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وصححه فى الفائق ، وغيره .

وعنه : يبطل التدبير . وهما مبنيان على أن التدبير : هل هو عتق بصفة ، أو وصية ؟ على ماتقدم .

وتقدم ذلك أيضاً فى الفوائد بأتم من ذلك ، فليراجع .

والصحيح عند المصنف ، وغيره : رجوعه إلى التدبير مطلقا .

قوله ﴿ وَمَا وَلَدَتِ الْمُدَبَّرَةُ ، بَعْدَ تَدْبِيرِهَا : فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

قال فى الفوائد : المشهور أنه يتبعها فى التدبير ، كما لو ولدته بعده . سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق ، أو حادثاً بينهما .

وعنه : فى الحمل بعد التدبير : أنه كحمل معتقة بصفة ، على ماتقدم فى أواخر الباب الذى قبله .

وعنه : لاتتبعها الأنثى إلا بشرط السيد . نص عليه فى رواية حنبل ، بخلاف الذكر . قاله فى الفائق .

واختار فى الانتصار : أنه لايتبع . قاله فى الفروع .

قال فى الفوائد : وحكى القاضى فى كتاب الروايتين ، فى تبعية الولد : روايتين . و بناهما على أن التدبير : هل هو عتق لازم كالاستيلاد ، أم لا ؟

ومن هنا قال أبو الخطاب فى انتصاره : تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير .

وخرج أبو الخطاب وجهاً : أنه لايتبعها الحادث بينهما . وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها فى أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة . بناء على أن التدبير تعليق بصفة .

وينبغى على هـذا : أن يخرج طريقة أخرى : أنه لايتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف .

وأما ما كان موجوداً فى أحد الحالين : فهل يتبعها ؟ على وجهين . بناء على أن التدبير وصية . وحكم ولد الموصى بها كذلك ، عند الأصحاب . انتهى كلامه فى الفوائد .

وقال فى القاعدة الثانية والثمانين ـ على القول بأنه يتبعها ـ قال الأكثرون : ويكون مدبراً بنفسه ، لا بطريق التبع . بخلاف ولد المكاتبة .

وقد نص فى رواية ابن منصور : على أن الأم لو عتقت فى حياة السيد : لم يعتق الولد حتى تموت .

وعلى هـذا : لو رجع فى تدبير الأم ـ وقلنا : له ذلك ـ بقى الولد مدبراً . هذا قول القاضى ، وابن عقيل .

وقال أبو بكر في التنبيه : هل هو تابع محض لها ، إن عتقت عتق ، وإن رقت رق ؟ وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى . انتهى .

وقال فى الانتصار : هل يبطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد ، أم لا ؟ لأنه لا مال لهما . اختلف كلامه . ويظهر الحـكم فى ولدهما .

قوله ﴿ وَلاَ يَتْبَعُهَا وَلَدُهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ ﴾ هذا المذهب .

قال الزركشى : هذا المذهب بلا ريب . وكذا قال غيره . وعليه الأصحاب .

وعنه : يتبعها . حكاها أبو الخطاب ، وابن عقيـل فى الفصول من رواية حنبل . وتأولها المصنف ، وقال : هذه الرواية بعيدة .

فائدتان

إحداهما : لو ولدت الموصى بوقفها ، أو عتقها ، قبل موت الموصى : لم يتبعها .

ذكره القاضى فى الموصى بعتقها . وقياسه الأخرى .

ويحتمل أن يتبع فى الوصية بالوقف ، بناء على أن فيه ثبوت التحرير ، دون التمليك . قاله فى القواعد .

الثانية : ولد المدبر من أمة المدبر نفسه : كالمدبر . نص عليه . قدمه فى الفروع .

قال المصنف ، والشارح : فإن تسرى المدبر بإذن سيده ، فولد له . فروى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنهم يتبعونه فى التدبير . واقتصر عليه .

وذكر جماعة : أنه لايتبعه . قاله فى الفروع .

قال فى الرعايتين : ولا يكون ولد المدبر من أمته مثله فى الأصح ، بل يتبع أمه

وقال فى الفروع أيضاً : وولده من غير أمته كالأم . فجزم بأنه كالأم .

وقال فى الفائق : وولد المدبر تابع أمه لا أباه فى أصح الوجهين .

قال فى الحاوى الصغير : ولا يكون ولد المدبر مثله فى أصح الوجهين .

قال الزركشى ، والخرقى رحمهما الله : إنما حكم على ولد المدبرة .

أما ولد المدبر : فلا يتبع أباه مطلقاً على المذهب .

وعنه : يتبعه . وظاهر كلامه فى المغنى : الجزم بها فى ولده من أمته المأذون له فى التسرى بها ، ويكون مدبراً . انتهى .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَلَهُ إِصَابَةُ مُدَبَّرَتِهِ ﴾ .

أنه سواء شرطه أو لا . وهو صحيح . نص عليه . ولا أعلم فيه خلافاً .

ويجوز له وطء ابنتها ، إن لم يكن وطىء أمها ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفائق : فى أصح الروايتين . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وعنه لايجوز

قوله ﴿ وَإِذَا كَاتَبَ الْمُدَبَّرَ ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتَبَ : جَازَ ﴾ .

بلا نزاع . لكن لو كاتب المدبر ، فهل يكون رجوعاً عن التدبير ؟ إن قلنا التدبير عتق بصفة : لم يكن رجوعاً .

وإن قلنا هو وصية : انبنى على أن كتابة الموصى به ، هل تكون رجوعاً ؟ فيه وجهان . أشهرهما : أنه رجوع .

والمشهور فى المذهب : أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره .

ونقل ابن الحكم عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل على أنه رجوع . بناء على أن التدبير وصية . فتبطل بالكتابة .

قوله ﴿ فَلَوْ أَدَّى عَتَقَ . وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ ، إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ﴾ .

وإلا عتق منه قدر الثلث . وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، وهو على الكتابة فيما بقى .

مقتضى قوله « إن حمل الثلث ما بقى من الكتابة » أن المعتبر فى خروجه من الثلث : هو مابقى عليه من الكتابة .

وهو مقتضى كلام الخرقى ، وكلامه فى الكافى ، والشرح .

ومقتضى كلامه فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم : اعتبار قيمته مدبراً .

وجزموا به . وصححه فى الرعايتين .

فائدة : لو عتق بالكتابة ، كان مافى يده له .

ولو عتق بالتدبير ، مع العجز عن أداء مال الكتابة : كان مافى يده للورثة .

وإن مات السيد قبل العجز عن جميع الكتابة : عتق بالتدبير . ومافى يده له عند المصنف ، والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم .

وقيل : للورثة . وحكاه المصنف عن الأصحاب . وهو المذهب .

ويأتى نظير ذلك إذا أولد المكاتبة فى « باب الكتابة » .

فائدة : لو أولد أمته ثم كاتبها ، أو كاتبها ثم أولدها : جاز . لكن تعتق بموته مطلقاً .

ولو دبر أم ولده : لم يصح ، إذ لا فائدة فيه . وهذا المذهب .

واختار ابن حمدان الصحة إن جاز بيعها . وقلنا التدبير عتق بصفة .

قوله ﴿ وَإِذَا دَبَّرَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ : لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وإِنْ أَعْتَقَ شَرِيكُهُ : سَرَى إِلَى الْمُدَبّرِ ، وعَنْه : وَغَرِمَ قِيمَتَهُ لِسَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ويحتمل أن يسرى فى الأول دون الثانى .

فعلى هذا : يصير مدبراً كله . ويضمن حصة شريكه بقيمتها .

قوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَ مُدَبَّرُ الْكَافِرِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ وَتُرِكَ فِي يَدِ عَدْلٍ ، يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ . وَمَا فَضَلَ فَلِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ ، إِلاَّ أَنْ يَرْجِعَ فِي التَّدْبِيرِ ، وَنَقُولُ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ ﴾ .

اعلم أنه إذا أسلم مدبر الكافر ، فجزم المصنف هنا : أنه لا يلزم بإزالة ملكه إذا استدام تدبيره ، لكن لا يقر فى يده . ويترك فى يد عدل . وهو أحد الوجهين . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير .

وقدمه ابن منجا فى شرحه والرعايتين .

والوجه الثانى : أنه يلزم بإزالة ملكه عنه . فإن أبى بيع عليه . وهو المذهب قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق . وصححه فى النظم .

وتقدم فى آخر كتاب البيع « إذا أسلم عبد الكافر القن » وأحكامه .

فائدة : لو أسلم مكاتب الكافر : لزمه إزالة يده عنه . فإن أبى : بيع عليه بلا خلاف .

وإن أسلمت أم ولده : لم تقر فى يده . وجعلت عند عدل ينفق عليها من كسبها .

وإن أعوز لزم السيد تمامه . على الصحيح من المذهب . وإن أسلم حلت له .

وعنه : لا تلزمه نفقتها .

وعنه : يستسعى فى قيمتها ثم تعتق .

ونقل مهنا : تعتق بإسلامها .

وتأتى هذه المسألة بعينها فى كلام المصنف فى أواخر باب أحكام أمهات الأولاد « وكذا لو أسلمت مدبرته » مستوفاة محررة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ : لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إلاَّ بِشَاهِدَيْنِ . وَهَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ بِشَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما الزركشى ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

إحداهما : يحكم عليه بذلك . وهو الصحيح من المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، والناظم .

وجزم به الخرقى ، والوجيز ، وناظم المفردات ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . وكذا الحكم فى الكتابة .

والرواية الثانية : لا يحكم عليه إلا بشاهدين ذكرين .

ويأتى ذلك فى أحكام الشهود به .

وتقدم فى الفوائد « هل يكون إنكاره رجوعاً أم لا ؟ فإن قلنا : إنه رجوع : لم تسمع دعواه ولا بينته » .

قوله ﴿ وَإِذَ قتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ : بَطَلَ تدْبِيرُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم . منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب المستوعب ، وغيرهم . واختاره القاضى ، وغيره .

وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفروع فى باب الموصى له .

وقيل : لايبطل تدبيره ، فيعتق .

وهذا ماقدمه فى الرعاية الـكبرى فى آخر أمهات الأولاد .

وقال فى فوائد القواعد : فيه طريقان .

أحدهما : بناؤه على الروايتين ، إن قلنا هو عتق بصفة : عتق . و إن قلنا وصية : لم يعتق . وهى طريقة ابن عقيل ، وغيره .

الطريقة الثانية : أنه لايعتق على الروايتين . وهى طريقة القاضى . لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه .

وقال فى الفروع ـ فى باب الموصى له ـ : ولو قتل الوصى الموصى ، ولو خطأ : بطلت . ولا تبطل وصيته بعد جرحه .

وقال جماعة : فيهما روايتان . ومثلها التدبير . فإن جعل عتقاً بصفة : فوجهان انتهى .

باب الكتابة

قوله ﴿ وَهِيَ بَيْعُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِى ذِمَّتِه ﴾ .

زاد غيره : بعوض مباح معلوم مؤجل .

وليست الكتابة مخالفة للأصل . لأن محلها الذمة .

قوله ﴿ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافي ، والمغنى ، والشارح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

وعنه : واجبة . إذا ابتغاها من سيده أجبره عليها بقيمته . اختاره أبو بكر فى تفسيره .

قال فى القواعد الأصولية : وهو متجه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وعلى قياسه وجوب العتق فى قوله « أعتق عبدك عنك وعليَّ ثمنه » وقدم فى الروضة أنها مباحة .

فائدة : لاتصح كتابة المرهون . على الصحيح من المذهب . قطع به كثير من الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : تجوز كعتقه . وهو الصواب . وتجوز كتابة المستأجر .

قوله ﴿ لِمَنْ يَعْلَمُ فِيهِ خَيْرًا . وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم المصنف ، والمجد وصاحب الوجيز ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية ، وغيرهم : المكتسِب الصدوق .

وقال فى الرعاية ، والحاوى الصغير ، والفائق : وتستحب مع كسب العبد . وأمانته وصدقه .

وقال فى الواضح ، والوجيز ، والتبصرة : وهى مستحبة مع كسب العبد فقط . وهو ظاهر كلام ابن عبدوس فى تذكرته فى كتاب العتق . فأسقطوا الأمانة .

قوله ﴿ وَهَلْ تُكْرَهُ كِتَابَةُ مَنْ لا كَسْبَ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمحرر .

إحداهما : تكره كتابته ، وهو المذهب .

قال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله الكراهة . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى الخلاصة ، والتصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع والفائق

والرواية الثانية : لا تكره . فتستحب ، لكن قال فى الكافى : لو دعا من لا كسب له سيده إلى الكتابة : لم يجبر . رواية واحدة .

قال المصنف : وينبغى أن ينظر فى المكاتب . فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع ، لعجزه عن الإنفاق على نفسه ، ولا يجد من ينفق عليه : كرهت كتابته . وإن كان يجد من يكفيه مؤنته : لم تكره كتابته .

وعنه : تكره كتابة الأنثى .

فائدة : تقدم فى باب الحجر صحة كتابة الولى رقيق المولى عليه ، والكتابة فى الصحة والمرض من رأس المال ، على الصحيح من المذهب .

وقال أبو الخطاب ، ومن تبعه : فى المرض من الثلث .

ولو كاتبه فى الصحة وأسقط دينه ، أو أعتقه فى مرضه اعتبر خروج الأقل من رقبته أو دينه من الثلث .

ولو وصى بعتقه ، أو أبرأه من الدين : اعتبر أقلهما من ثلثه . ولو حمل الثلث بعضه عتق ، وباقيه على الكتابة . ولو أقر فى المرض بقبض النجوم سلفا : جاز .

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ : صَحَّ ﴾ .

صحة كتابة المميز لعبده بإذن وليه مبنية على صحة بيعه بإذن وليه ، على ماتقدم فى أول كتاب البيع . والصحيح : صحة بيعه . فكذا كتابته .

وقوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ ﴾ .

هذا الاحتمال لأبى الخطاب . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الرعاية الصغرى . وهو ظاهر ماجزم به فى الرعاية الكبرى فى هذا الباب . وقيل : تصح كتابته بغير إذن وليه . وفى الموجز والتبصرة : تصح من ابن عشر .

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع . وظاهر كلامه : أنه لايصح أن يكاتب غير المميز ولا المجنون ولو فعل لم يصح ، ولايعتقان بالأداء . بل يتعلق العتق به إن كان التعليق صريحاً . وإلا فوجهان فى العتق . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يعتق بتعليق العتق به . لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة . اختاره القاضى .

والثانى : لايعتق وهو المذهب . اختاره أبو بكر . وقدمه فى الرعايتين ، والفائق . وهو ظاهر ماجزم به فى المستوعب ، والحاوى الصغير . ونصره المصنف ، والشارح .

قال فى القواعد الأصولية : والمذهب لايعتق بالأداء ، خلافاً لما قال القاضى .

قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَيَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ « كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا » وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : فَإِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ ﴾ .

هذا المذهب وعليه الأصحاب .

قال الزركشي : وهو المذهب المجزوم به لعامة الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُه ﴾ ذلك ﴿ أوْ نِيَّتُه ﴾ .

وهو لأبى الخطاب فى الهداية .

وفى الترغيب وجه ـ هو رواية فى الموجز والتبصرة ـ يشترط قوله ذلك . وقيل : أو نيته .

فائدة : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : أنه لايشترط قبوله للكتابة .

وقال فى الموجز ، والتبصرة ، والترغيب ، والرعاية الكبرى : يشترط ذلك . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَلا يَصِحُّ إلاَّ عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ ﴾ .

ولو خدمة أو منفعة وغيرها .

قال الأصحاب : مباح يصح السلم فيه منجم بنجمين فصاعدا ، يعلم قدر ما يؤدى فى كل نجم .

الصحيح من المذهب : أنها لا تصح إلا على نجمين فصاعدا . يعلم قدر مايؤدى فى كل نجم . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

﴿ وقِيلَ : تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ واحِدٍ ﴾ .

اختاره ابن أبى موسى .

قال فى الفائق : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : تصح أن تكون على خدمة مفردة على مدة واحدة .

والصحيح من المذهب : أنها لاتصح إلا على عوض معلوم فلا تصح على عبد مطلق . اختاره أبو بكر وغيره . وعليه أكثر الأصحاب .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه ، والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

﴿ وقالَ القاضِى : تَصِحُّ على عَبدٍ مُطْلَقٍ ﴾ وله الوسط . وقاله أصحاب القاضى .

قال فى الرعايتين : وإن كاتبه على عبد مطلق صح فى الأصح . وله الوسط .

وقال فى الحاوى الصغير : وإن كاتبه على عبد مطلق صح . ووجب الوسط .

وقياس قول أبى بكر بطلانه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الكتابة لاتصح حالّة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وظاهر كلام المصنف فى المغنى ، والشارح : أن فيها قولا بالصحة . فإنهما قالا : ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة . هذا ظاهر المذهب .

فدل أن فيها خلافا . وهو خلاف ظاهر المذهب . واختاره فى الفائق . فقال : والمختار صحة الكتابة حالة .

وقال فى الترغيب ـ فى كتابة من نصفه حر ـ حالة : وجهان .

فعلى المذهب : فى جواز توقيت النجمين بساعتين وعدمه . فيعتبر ماله وقع فى القدرة على الكسب فيه خلاف فى الانتصار .

قلت : الصواب الثانى .

وإن كان ظاهر كلام الأصحاب : الأول .

وتقدم فى أواخر العتق : هل يصح شراء العبد نفسه من سيده بمال فى يده أم لا ؟

وعلى المذهب أيضاً : تكون الكتابة باطلة من أصلها ، على الصحيح . ذكره القاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وغيرهم .

وصرح ابن عقيل بأن الإخلال بشرط النجوم يبطل العقد .

وذكر صاحب التلخيص : أن الكتابة تصير فاسدة ، ولا تبطل من أصلها .

ويأتى الإشكال - فيما إذا كاتبه على عوض مجهول - أنها تكون فاسدة لا باطلة : آخر الباب .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وخِدْمَةٍ ، سَوَاءٌ تقدَّمَتِ الْخِدْمَةُ أَوْ تأَخَّرَتْ ﴾ .

يعنى : تصح الكتابة على مال مع خدمة . ويشترط كون المال مؤجلا ، بخلاف الخدمة . لكن لو جعل الدين بعد فراغ الخدمة بيوم أو أكثر : صح .

وإن جعل محله فى الخدمة ، أو عند انقضائها : صح أيضاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . ونصروه .

وقال القاضى : لاتصح . لانه يكون نجماً واحداً . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

فائدة : تصح الكتابة على منفعة مفردة منجمة ، كخدمة وعمل فى الذمة ، كخياطة ونحوها . قاله الأصحاب .

وللمصنف احتمال بصحتها على منفعة مفردة مدة واحدة .

قوله ﴿ وَإِنْ أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ أَوْ أُبْرِئَ مِنْهُ : عَتَقَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والفائق ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : إذا ملك ما يؤدى : صار حراً . ويجبر على أدائه .

فائدة : لو أبرأه بعض الورثة من حق منها ، وكان موسراً : عتق عليه كله . على الصحيح من المذهب . وقيل : لا يعتق .

قوله ﴿ فَلَوْ مَاتَ قَبلَ الأَدَاء : كَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ . فِي الصَّحِيحِ عَنْهُ ﴾ .

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب . وهو : أنه إذا ملك ما يؤدى عن كتابته ولم يؤده : لم يعتق . فإذا مات قبل الأداء : انفسخت الـكتابة . وكان ما فى يده لسيده .

وعلى الرواية الثانية ـ وهى أنه إذا ملك مايؤدى يصير حراً قبل الأداء ـ فإذا مات قبل الأداء : كان لسيده بقية كتابته ، والباقى لورثة الميت . فلا تنفسخ الـكتابة . واختاره هنا أبو بكر ، وأبو الخطاب .

لـكن هل يستحقه السيد حالا ، أو هو على نجومه ؟ فيه روايتان وأطلقهما فى الفروع .

قلت : هى شبيهة بمن مات وعليه دين ، على ماتقدم فى باب الحجر .

وتقدم فى ذكر أهل الزكاة « إذا عجز ورق ونحوه ، وكان بيده مال أخذه من الزكاة : هل يكون لسيده أو لمن أخذه منه ؟ » .

قوله ﴿ وَإِذَا عُجِّلَتِ الـكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا : لَزِمَ السَّيِّدَ الأَخْذُ ﴾ .

فشمل القبض مع الضرر وعدمه . وكذا قال الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى وأبو بكر ، وأبو الخطاب ، والشيرازى ، والسامرى ، وغيرهم .

قال فى المذهب : يلزمه مع الضرر فى ظاهر المذهب .

قال الشارح : وهو الصحيح . وقدمه فى الهداية ، والحاوى الصغير .

ويحتمل أن لايلزمه ذلك إذا كان فى قبضه ضرر . وهو المذهب نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال القاضى ، والمذهب عندى : أن فيه تفصيلا على حسب ماذكر فى السلم . وصححه الناظم . واختاره المصنف فى المغنى .

قال فى الرعايتين : وإن عجل ماعليه قبل محله : لزم سيده فى الأصح أخذه بلا ضرر ، وعتق فى الحال . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

قال فى الفائق : ولو عجل ماعليه : لزم قبضه وعتق حالا . نص عليه . وقيد بعدم الضرر .

وقدمه فى الفروع . ذكره فى باب السلم .

ونقل حنبل ، وأبو بكر : لا يلزمه ، ولو مع عدم الضرر . ذكرها جماعة من الأصحاب . لأنه قد يعجز فيرق . ولأن بقاء المكاتب فى هذه المدة حق له . ولم يرض بزواله .

فهذه ثلاث روايات : رواية باللزوم مطلقا ، وعدمه مطلقا . والثالثة : الفرق بين الضرر وعدمه .

واختار القاضى فى كتاب الروايتين طريقة أخرى ، وهى : إن كان فى القبض ضرر لم يلزمه . وإلا فروايتان . وتبعه فى الكافى .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا باللزوم : لو امتنع السيد من قبضه ، جعله الإمام فى بيت المال . وحكم بعتق العبد . جزم به الزركشى .

قال فى الفروع : هذا المشهور .

قال المصنف ، والشارح : وإن أبى السيد : برىء العبد . ذكرناه فى المكفول به نقل حرب : إن أبى مولاه الأخذ . ما أعلم مازاده إلا خيرا .

وتقدم نظير ذلك فى باب السلم .

الثانية : فى عتق المكاتب بالاعتياض وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والبلغة والرعاية الكبرى .

والصواب : العتق . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وعدم العتق قاله القاضى

قوله ﴿ وَإِذَا أَدَّى ، وَعَتَقَ . فَوَجَدَ السَّيِّدُ بِالعِوَضِ ، عَيْبًا فَلَهُ أَرْشُهُ أَوْ قِيمَتُهُ . وَلَا يَرْتَفِعُ العِتْقُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وصححه فى النظم . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : هو كالبيع .

وقيل : يرتفع العتق إن رده ، ولم يعطه البدل . وهو توجيه للقاضى .

قال المصنف ، وغيره : فإن بان معيباً نظرت . فإن رضى بذلك وأمسكه : استقر العتق . وإن اختار إمساكه ، وأخذ الأرش ، أو رده : فله ذلك .

وقال أبو بكر : قياس قول الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يبطل به العتق . وليس له الرد . وله الأرش .

فائدة : لو أخذ السيد حقه ظاهراً ، ثم قال : هو حر . ثم بان مستحقاً : لم يعتق . قاله الأصحاب .

وإن ادعى السيد تحريم العوض : قُبِل ببينة .

وإن لم تكن بينة : قُبِل قول العبد مع يمينه ، ثم يجب على السيد أخذه ، ويعتق به . ثم يلزم السيد رده إلى مالكه ، إن أضافه إلى مالك .

وإن نكل : العبد حلف سيده .

وله قبضه من دين غير دين الكتابة وتعجيزه . وفى تعجيزه قبل أخذ ذلك من جهة الدين : وجهان فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

والاعتبار بقصد السيد فى قبضه عن أحد الدينين . وفائدته : يمينه عند النزاع

قلت : قد تقدم فى باب الرهن : أنه لو قضى بعض دينه ، أو أبرىء منه

و ببعضه رهن أو كفيل : كان عما نواه الدافع ، أو المبرىء من القسمين . والقول قوله فى النية بلا نزاع . فيخرج هنا مثله .

قوله ﴿ وَيَمْلِكُ السفر ﴾ .

حكم سفر المكاتب حكم سفر الغريم ، على ما تقدم فى أول باب الحجر .

قال فى الفروع : وله السفر ، كغريم .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : وقد أطلق أصحابنا القول فى ذلك . ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره .

وقياس المذهب : أن له منعه من السفر الذى تحل نجوم الكتابة قبله .

قال الزركشى ، قلت : وهو مراد الأصحاب . وإنما لم يقيدوا ذلك اكتفاء بما تقدم لهم من الحر المدين بطريق الأولى .

تنبيه : يستثنى من كلام المصنف : السفر للجهاد . فإنه لا يجوز له السفر لذلك إلا بإذنه ، على ما مر فى كتاب الجهاد . ذكره الزركشى .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ ، وَلَا يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان أيضاً فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وهما روايتان عند أبى الخطاب ، والشيرازى ، والمصنف فى الكافى ، والمجد فى المحرر ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يصح الشرط . وهو المذهب .

قال فى الفروع ، والرعايتين : ويصح شرط تركهما على الأصح . وصححه فى التصحيح ، والفائق . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر .

وهو من مفردات المذهب فيهما .

والوجه الثانى : لا يصح الشرط . صححه فى النظم .

واختار المصنف ، والشارح : صحة شرط أن لايسافر .

وقدم ابن رزين بطلان شرط عدم سفره . وصحة شرط عدم السؤال .

وقال أبو الخطاب : يصح إذا شرط أن لا يسافر . ولا يصح شرط أن لا يأخذ الصدقة .

وقال القاضى : لايصح إذا شرط أن لا يسافر .

وقال فى الجامع ، والشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ والشيرازى : يصح شرط أن لا يسافر .

وقال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة فى مرة : عَجّزه . كما لو حل نجم فى نجم : عجزه .

فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين . وصحح الشرط .

فعلى القول بصحة الشرط : إذا خالف كان لسيده تعجيزه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يملك تعجيزه بسفره ، إذا لم يمكن رده . وأطلقهما فى الشرح .

و إن أمكن رده : لم يملك تعجيزه . جزم به فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، وَلاَ يَتَسَرَّى ، وَلاَ يَتَبَرَّعَ وَلاَ يُقْرِضَ وَلاَ يُحَابِى ، وَلاَ يَقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِى عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، وَلاَ يُعْتِقَ وَلاَ يُكَاتِبَ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ .

لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هو المذهب عند عامة الأصحاب . وقطع به عامتهم .

قلت : قطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : له أن يتزوج بغير إذنه ، بخلاف المكاتبة . ذكره فى الرعاية . ونقله إبراهيم الحربى .

فائدة : ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ـ ونصراه ـ وصححه فى الكافى .

وقيل : له ذلك إذا رأى المصلحة . اختاره أبو الخطاب .

وقيل : له أن يزوج الأمة دون العبد . حكاه القاضى فى خصاله .

وأطلقهن فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وليس للمكاتب أن يتسرى إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : المنع . وعنه : عكسه . ذكرها فى الفروع ، ولم أرها فى غيره .

وليس له أن يتبرع ، ولا يقرض ، ولا يحابى إلا بإذن سيده . بلا خلاف أعلمه .

وليس له أن يقتص من عبده الجانى على بعض رقيقه إلا بإذن سيده . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى . واختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

وقيل : يجوز له ذلك . اختاره القاضى . وهو ظاهر ماقدمه فى الكافى .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق

وأما العتق ، فلا يخلو : إما أن يعتقه مجاناً ، أو على عوض فى ذمته .

فإن أعتقه مجاناً : لم يجز إلا بإذن سيده . بلا نزاع . فلو خالف وفعل : فالعتق باطل . اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفائق .

وقال أبو بكر ، والقاضى : عتقه موقوف على انتهاء الكتابة . فإن عتق عتقوا . وإن رق رقوا . كما لو ملك ذا رحم منه . وخرج وقفه على رضا السيد . قاله فى الفائق .

وإن أعتقه بمال فى ذمته . فظاهر كلام المصنف : أنه ليس له ذلك إلا بإذن سيده . وهو المذهب . وهو ظاهر ماجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والخلاصة ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يجوز .

قلت : وهو الصواب ، إذا رآه مصلحة له .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم

وأما المكاتبة : فليس له ذلك إلا بإذن سيده . وهو أحد الوجهين . وهو المذهب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والفائق

والوجه الثانى : يجوز . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، فى رءوس المسائل .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والنظم .

وقال أبو بكر : هو موقوف ، كقوله فى العتق المنجز .

فائدة : قال المصنف فى المغنى ، والكافى هنا : ليس له أن يحج إن احتاج إلى الإنفاق من ماله فيه .

وذكر المصنف أيضاً فى المقنع ــ فى باب الاعتكاف ــ له أن يحج بغير إذن سيده . لأنه كالحر المدين . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الصغرى هناك .

ونقل الميمونى : له أن يحج من المال الذى جمعه ، مالم يأت نجمه . قدمه فى المحرر .

قال المصنف ، والقاضى ، وابن عقيل : هذه الرواية محمولة على أنه يحج بإذن سيده . وأما بغير إذنه : فلا يجوز . انتهى .

قال فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والنظم ، والمنور ، وتجريد العناية ، وغيرهم ــ فى باب الاعتكاف ــ ويحج بغير إذنه ، مالم يحل عليه نجم فى غيبته . نص عليه . انتهى . فقطعوا بذلك .

وقال فى الحاوى الصغير : وفى جواز حجه بمال بإذن سيده روايتان .

قال فى الرعايتين ، والفائق ــ فى هذا الباب ــ فى جواز حجه بماله بإذن سيده : روايتان .

وعنه : له الحج بلا إذنه .

وعنه : مالم يحل نجم .

قال فى الفروع : وله الحج بماله مالم يحل نجم .

وقيل : مطلقا . وأطلقه فى الترغيب ، وغيره . وقالوا : نص عليه .

وتقدم بعض ذلك فى أول كتاب الاعتكاف .

قوله ﴿ وَوَلَاءُ مَنْ يُعْتِقُهُ وَيُكَاتِبُهُ : لِسَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق : إن كاتبه بإذن سيده .

وقيل : الولاء للمكاتب إن عتق ، زاد فى الفائق : مع أمن ضرر فى ماله .

وقال المصنف ، والشارح : إن أدى الأول ، ثم أدى الثانى : فولاء كل واحد لمكاتبه . وإن أدى الأول ، وعجز الثانى : صار رقيقاً للأول . وإن عجز الأول وأدى الثانى : فولاؤه للسيد الأول . وإن أدى الثانى قبل عتق الأول : عتق .

قال أبو بكر : وولاؤه للسيد . ورجحه القاضى فى الخلاف . قاله فى القاعدة السادسة عشر .

وقال القاضى فى المجرد : هو موقوف . إن أدى عتق ، وولاؤه له ، وإلا فهو للسيد .

قوله ﴿ وَلاَ يُكَفِّرُ بِالْمَالِ ﴾ .

هذا إحدى الروايات مطلقا . جزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، والنظم . وقدمه فى الشرح . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وعنه : له ذلك بإذن سيده . وهو المذهب . جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعايتين .

وعنه : يكفر بالمال مطلقا .

وقال القاضى : المكاتب كالقن فى التكفير . فإن أذن له سيده فى التكفير بالمال : انبنى على ملك العبد بالتمليك . فإن قلنا : لا يملك ، لم يصح تكفيره بغير الصيام مطلقا . وإن قلنا يملك : صح بالإطعام ، إذا أذن فيه سيده . وإن أذن بالتكفير بالعتق . فهل يصح ؟ على روايتين .

قال المصنف : والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب . لأنه يملك المال بغير خلاف وإنما ملكه ناقص لتعلق حق السيد به . فإذا أذن له : صح . كالتبرع .

تنبيه : حيث جوزنا له التكفير بالمال : فإنه لا يلزمه . قاله الزركشى ، وغيره .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ ، أَوْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : ليس له ذلك . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى . وقدمه فى الشرح فى موضع آخر .

والوجه الثانى : له ذلك . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

فائدتان

إحداهما : فى جواز بيعه نساء ، ولو برهن ، وهبة بعوض ، وحدّ رقيقه : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والفائق فى الأولى ، والأخيرة .

وأطلقهما فى النظم فى البيع نساء .

وقدم فى المغنى ، والشرح : أنه ليس له أن يبيع نساء . وقدمه فى الكافى فى الجميع .

وجزم فى الوجيز : ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول ولا يحدّ .

وجزم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول

وجزم فى المغنى ، والشرح : أنه لا تصح الهبة بالثواب .

وقيل : يجوز بيعه نساء من غير رهن ولا ضمين .

ففى البيع نساء ثلاثة أوجه : الجواز . وهو تخريج للقاضى من المضارب . وعدمه . والجواز برهن أو ضمين .

الثانية : ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير إذن سيده ، على أحد الوجهين .

قال فى الرعاية : ولا يقتص لنفسه من عضو ـ وقيل : أو جروح ـ بدون إذن سيده فى الأصح . وكذا قال فى الفائق .

قال القاضى فى خلافه : وهو قياس قول أبى بكر .

قال فى القاعدة السابعة والثلاثين بعد المائة : وفيه نظر .

وقيل : له ذلك . اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

قلت : وهذا المذهب . والقول الأول : ضعيف جداً .

وقد ذكر الأصحاب قاطبة : أن العبد لو وجب له قصاص : أن له طلبه ، والعفو عنه . كما ذكره المصنف فى آخر « باب العفو عن القصاص » فههنا بطريق أولى وأحرى اللهم . إلا أن يقال : له الطلب ، وليس له الفعل .

قلت : وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ ذَوِى رَحِمِهِ ، إلاّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ .

هـذا أحد الوجهين . قدمه فى الهداية . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ما جزم به فى الخلاصة .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وقال القاضى : له ذلك . نص عليه . وهو المذهب .

قال الزركشى : هذا الأشهر .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وله شراء ذى رحمه بلا إذن سيده . فى أصح الوجهين . وإليه ميل الشارح .

وقطع به الشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى . وهو من المفردات .

وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إذَا وُهِبُوا لَهُ ، أَوْ أُوْصِىَ لَهُ بِهِمْ ، إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ ﴾ .

وقطع به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم . وشرح على ذلك ابن منجا

وقيل : له أن يقبلهم فى الهبة ، والوصية ، ولو أضر ذلك بماله .

وأطلق الجواز – من غير التقييد بالضرر – فى الهداية ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والفروع والفائق . وهو إحدى نسختى الخرق .

قال الشارح : وله أن يقبلهم . لأنه إذا ملك شراءه . فلأن يجوز له بغير عوض أولى . وعند من لا يرى جواز شراءهم بغير إذن السيد : لا يجيز قبولهم إذا لم يكن فيه ضرر بماله .

فائدة : هل له أن يفدى ذوى رحمه ، إذا جنوا ؟ فيه وجهان .

وفى المنتخب ، والمذهب : له ذلك كالشراء . قاله فى الفروع .

وقال فى الترغيب : يفديه بقيمته .

قوله ﴿ وَمَتَى مَلَكَهُمْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيْعُهُمْ . وَلَهُ كَسْبُهُمْ . وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُ . فَإِنْ عَتَقَ عَتَقُوا . وَإِنْ رَقَّ صَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ ﴾ .

مراده بذلك : ذوو رحمه .

واعلم أن المكاتب إذا عتق ، فلا يخلو : إما أن يكون عتقه بأداء مال الكتابة ، أو بعتق سيده له .

فإن كان بأداء مال الكتابة : عتقوا معه بلا نزاع .

وإن كان عتقه لكون سيده أعتقه ، فظاهر كلام المصنف : أنهم يعتقون معه أيضاً . وهذا اختيار المصنف . وإليه ميل الشارح . وصححه الناظم .

والصحيح من المذهب : أنهم لا يعتقون إذا أعتق السيد المكاتب ، بل يبقون أرقاء للسيد . قدمه فى الفروع ، والنظم . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

فائدة : يجوز للمكاتب شراء من يعتق على سيده . ذكره فى الانتصار ، والترغيب . فإن عجز عتقوا .

وإن عتق : كانوا أرقاء له . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : فيعايى بها .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِى وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ ﴾ .

يعنى : أنه يعتق بعتقه ، أنه لايتبعه ولده إذا كان من أمة سيده . وهو المذهب مطلقا . قدمه فى الفروع .

وقال جماعة من الأصحاب : يتبعه إذا شرط ذلك ، منهم الناظم .

قوله ﴿ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ الَّذِى وَلَدَتْهُ فِى الْكِتَابَةِ يَتْبَعُهَا ﴾ .

نص عليه . فإن عتقت بأداء أو إبراء عتق معها . وإن عتقت بغيرهما لم يعتق ولدها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ، كموتها فى الكتابة .

قال المصنف ، والشارح : وهو مقتضى قول أصحابنا . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يبقى مكاتباً قال الشارح : وهو مقتضى قول شيخنا .

قال فى الفروع : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله أنه يعتق .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن ولد المكاتبة ـ الذى ولدته قبل الكتابة ـ لايتبعها . وهو صحيح . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وظاهر كلامه : أنها لو كانت حاملا به حال الكتابة تبعها . وهو صحيح . قطع به الزركشى ، وغيره .

فائدتان

إحداهما : لو أعتق السيد الولد دونها : صح عتقه . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه . وقيل : لايعتق .

قال القاضى : قد كان يجب أن لاينفذ عتقه . لأن فيه ضرراً بأمه ، لتفويت كسبه عليها . فإنها كانت تستعين به فى كتابتها . ولعل الإمام أحمد رحمه الله نفذ عتقه تغليباً للعتق .

ورده المصنف من ثلاثة أوجه . وتقدم فى كتاب العتق صحة عتق الجنين .

الثانية : ولد بنت المكاتبة كالمكاتبة ، وولد ابنها وولد المعتق بعضها كالأمة

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَوْلَدَ أَمَتَهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ بَيْعُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والفروع .

أحدهما : تصير أم ولد ، وهو المذهب . نص عليه .

قال المصنف : هذا المذهب . وصححه فى التصحيح ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لاتصير أم ولد . وقاله القاضى فى موضع من كلامه . وهو احتمال فى الهداية .

قوله ﴿ وَلاَ يَبِيعُهُ دِرْهَماً بِدِرْهَمَيْنِ ﴾ .

يعنى : أنه يجرى الربا بينهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن أبى موسى : لاربا بينهما . لأنه عبد فى الأظهر من قوله « لا ربا بين العبد وسيده » واختاره أبو بكر . قاله الزركشى وغيره . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

فعلى المذهب : لو زاد الأجل والدين : جاز ذلك ، على احتمال ذكره المصنف ، وغيره . والمذهب : عدم الجواز . وعليه الأصحاب .

وتقدم ذلك فى آخر باب الربا .

تنبيه : يستثنى من ذلك مال الكتابة . فإنه لايجرى الربا فى ذلك . قاله

الأصحاب . لتجويزهم تعجيل الكتابة بشرط أن يضع عنه بعضها . وتقدم قطع المصنف بذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الأَمْرَيْنِ بِهِ : مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ المدَّةِ ، أَوْ أُجْرَة مِثْلِه ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، ونهاية ابن رزين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : تلزمه أجرة المدة . جزم به الأدمى فى منتخبه .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وقيل : يلزمه إنظاره مثل المدة . ولا تحتسب عليه مدة حبسه . صححه المصنف ، والشارح . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وأطلقهن فى الكافى ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ ﴾ .

إذا أراد وطأها فلا يخلو : إما أن يشترطه أولا . فإن لم يشترطه : لم يجز وطؤها على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ وقيل : له وطؤها ، وإن لم يشترط فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه .

قال الزركشى : وهذا القول ، يحتمل أنه فى المذهب ويحتمل أنه لبعض العلماء .

وإن شرط وطأها فى العقد : جاز . على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب المجزوم به عند عامة الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه الناظم ، وغيره .

قال فى القاعدة الثانية والثلاثين : هذا المذهب المنصوص . كالراهن يطأ بشرط . ذكره فى عيون المسائل ، والمنتخب . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايجوز . ذكرها أبو الخطاب ، وابن عقيل فى المفردات ، وقال : هذا اختيارى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، أَوْ وَطِىءَ أَمَتَهَا : فَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وجزم به الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يلزمه إن طاوعته . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق ، والزركشى .

فائدة : إذا تكرر وطؤه ، فإن كان قد أدى مهر الوطء الأول : لزمه للثانى مهر أيضاً . وإن لم يكن أدى عنه : لم يلزمه إلا مهر واحد . ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وسيأتى ذلك مستوفى فى آخر كتاب الصداق .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وَيُؤَدَّبُ . وَلاَ يُبْلَغُ بِهِ الْحَدَّ ﴾ .

إذا كان عالماً بالتحريم .

فأما إن كان غير عالم بالتحريم : فإنه لايعزر .

قوله ﴿ وَمَتَى وَلَدَتْ مِنْهُ : صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَوَلَدُهُ حُرٌّ ﴾

سواء وطئها بشرط أو بغيره

﴿ فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ أَدَائِهَا : عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وحكى الشيرازى رواية : يلزمها بقية مال الكتابة تدفعها إلى الورثة ، إذا اختارت بقاءها على الكتابة . ذكره عنه الزركشى .

فائدة : ليس له وطء بنت مكاتبته . ولا يباح ذلك بالشرط . فإن فعل عزر ولا تجب عليه قيمة ولده من جارية مكاتبه ، أو مكاتبته . على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن تجب .

قوله ﴿ وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَجَّزَهَا ﴾ .

إذا مات السيد قبل أدائها : عتقت بكونها أم ولد ، وما فى يدها — إن كان مات سيدها بعد عجزها — فهو لورثة سيدها . وإن كان مات قبل عجزها ، فقدم المصنف هنا : أنه يكون لها . وهو أحد الوجهين .

واختاره ابن عقيل فى الفصول ، والمصنف ، والشارح ، والقاضى فى المجرد ، والتعليق . ذكره فيه فى الظهار . وقدمه فى النظم .

وقال أصحابنا : هو لورثة سيدها أيضاً . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وأطلقهما فى المحرر . ولم يفرق بين عجزها وعدمه .

وأطلقهما فى المستوعب . وحكاهما روايتين .

وتقدم نظير ذلك إذا دبر المكاتب ، أو كاتب المدبر ، فى باب التدبير .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ ﴾ .

فيكون مافى يده له فى قول القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح .

وعلى قياس قول الأصحاب : يكون لسيده .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يكون للمكاتب أيضاً على قول الأصحاب : الخرقي ، وغيره . لأن السيد أعتقه برضاه . فيكون قد رضي باعطائه ماله ، بخلاف الأولى .

وتقدم « إذا مات ، أو عجز ، أو أعتق ، وفى يده مال من الزكاة : هل يكون لسيده ، أو يرد إلى ربه ؟ » فى باب ذكر أهل الزكاة .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو أعتق المكاتبة .

الثانية : عتق المكاتب ، قيل : هو إبراء مما بقى عليه .

وقيل : بل هو فسخ ، كعتقه فى الكفارة . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا . ثُمَّ وَطِئَاهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا : صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ﴾ .

ومكاتبة كل نصف لسيده . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والنظم ، وغيرهما .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال القاضى : لايسرى استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه ، إلا أن يعجز فينظر حينئذ . فإن كان موسراً : قُوِّم عليه نصيب شريكه ، وإلا فلا .

وقوله ﴿ وَيَغْرَمُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا ﴾ .

هذا المذهب ، بلا نزاع . لكن هل يغرم نصف قيمتها مكاتبة ، أو نصف قيمتها قِناً ؟ فيه وجهان .

والصحيح من المذهب : الأول . قدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : يغرم نصف قيمتها قناً . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . وصححه فى النظم .

وهل يلزمه المهر كاملا ، أو نصفه ؟ فيه وجهان . الصحيح من المذهب : الأول . قدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : يلزمه نصف المهر فقط . جزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفائق .

قوله ﴿ وَهَلْ يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع .

إحداهما : نصف قيمته . قال القاضى : هذه الرواية أصح على المذهب . وصححه فى التصحيح ، والنظم وجزم به فى الوجيز .

والرواية الثانية : لايغرمه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وشرح ابن رزين . وهذا المذهب .

وقيل : إن وضعته قبل التقويم : غرم نصف قيمته ، وإلا فلا شىء عليه . اختاره أبو بكر .

ويأتى مايشابه ذلك فى آخر « باب أحكام أمهات الأولاد » .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ المكَاتَبِ ﴾ هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب المشهور المنصوص عليه . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره الأصحاب ، وقدموه . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايجوز بيعه مطلقا .

وعنه : لايجوز بيعه بأكثر من كتابته . حكاها ابن أبى موسى .

فعلى المذهب : يقوم المشترى مقام البائع .

فائدة : حكم هبته والوصية به : حكم بيعه . على الصحيح من المذهب .

وعنه : لا تجوز هبته .

وتقدم فى كلام المصنف : الوصية بالمكاتب ، وبمال الكتابة ، أو بنجم منها ، أو برقبته فى « باب الموصى به » فليراجع .

فائدة أخرى : لايجوز بيع مافى ذمة المكاتب من نجوم الكتابة .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُكَاتَبَيْنِ الآخَرَ : صَحَّ شِرَاءُ الأَوَّلِ . وَبَطَلَ شِرَاءُ الثَّانِى ، سَوَاءٌ كَانَا لِوَاحِدٍ أَوِ اثْنَيْنِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع ، على القول بجواز بيع المكاتب .

وقوله ﴿ وَإِنْ جُهِلَ الأَوَّلُ مِنْهُمَا : فَسَدَ الْبَيْعَانِ ﴾ .

وهذا المذهب . اختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال القاضى : يفسخان ، كما لو زوج الوليان وأشكل السابق منهما . أو يقرع . وجزم به فى المحرر .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ . فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، وَإِلاَّ فَهُوَ عَبْدُ مُشْتَرِيهِ ، مُبَقًّى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ يُعْتَقُ بِالأَدَاءِ . وَوَلاَؤُهُ لَهُ ﴾ .

قال الناظم :

ولو قيل : يعط الربع بينهما معاً ويلزمه كل الفدا لم أبعد

هذا الحكم مبنى على ثلاث قواعد .

الأُولى : أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر .

الثانية : أن من وجد ماله ــ من مسلم ، أو معاهد ــ بيد من اشتراه منهم : فهو أحق به بثمنه وهذا المذهب فيهما ، على ماتقدم محرراً فى « باب قسمة الغنيمة » .

الثالثة : أن المكاتب يصح نقل الملك فيه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . كما تقدم قريبا .

إذا علمت ذلك : فلا تبطل الكتابة بالأسر . لكن هل يحتسب عليه بالمدة التى كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى . جزم فى الكافى بالاحتساب .

قلت : الأولى عدم الاحتساب . ثم رأيت ابن رزين فى شرحه قدمه .

فإن قيل : لا تحتسب ــ وهو الصواب ــ لغت مدة الأسر ، وبنى على مامضى .

وإن قيل : تحتسب عليه ، فحلَّ ما يجوز تعجيزه بترك أدائه : فلسيده تعجيزه . وهل له ذلك بنفسه ، أو بحكم حاكم ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق والفروع ، والزركشى .

قلت : الأولى أن له ذلك بنفسه .

قال فى الفروع : وله الفسخ بلا حكم .

وعلى كل الوجهين : متى خلص ، فأقام بينة بوجود مال له وقت الفسخ يفى بما عليه ، فهل يبطل الفسخ ، أم لابد ــ مع ذلك ــ من ثبوت أنه كان يمكنه أداؤه ؟ فيه قولان . وأطلقهما الزركشى .

قدم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق : البطلان .

قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ : فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ ﴾ .

أى بقيمته مقدماً على الكتابة . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الشارح : هذا المعمول به فى المذهب .

قال المصنف : اتفق أصحابنا على ذلك . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم .

﴿ وقال أبو بكر : يَتَحَاصَّانِ ﴾

فعلى هذا : يقسم الحاكم المال بينهما على قدر حقهما .

وعلى المذهب : لو أدى مبادراً ، وليس محجوراً عليه : عتق . واستقر الفداء .

و إن كان بعد الحجر : لم يصح . ووجب رجوعه إلى ولى الجناية .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَفَدَاهُ سَيِّدُهُ ، وَإِلاَّ فُسِخَتِ الْكِتَابَةُ وَبِيعَ فِى الْجِنَايَةِ قِنًّا ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . ونقله ابن منصور ، وغيره .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ونقل الأثرم : جنايته فى رقبته . يفديه إن شاء . قال أبو بكر : و به أقول .

فائدة : لو قتله السيد ، لزمه الفداء . وكذا إن أعتقه . و يسقط ــ فى الأصح ــ إن كانت الجناية على سيده . قاله فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَالْوَاجِبُ فِى الْفِدَاءِ : أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ ، مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يلزمه فداؤه بأرش الجناية كله كاملة . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وعنه : يلزمه فداؤه بالأرش كاملاً . إن كانت الجناية على أجنبى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ : يُتْبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ ﴾ .

ولا يملك غريمه تعجيزه . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم ، بخلاف المأذون له .

وعنه : تتعلق برقبته . اختاره ابن أبى موسى . ذكره عنه فى المستوعب .

وعنه : تتعلق بذمته ورقبته معاً . قال فى المحرر : وهو أصح عندى .

فائدتان

إحداهما : قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ : إذا كان عليه ديون ـ مع دين الكتابة ـ ومعه مال بفى بذلك : فله أن يبدأ بما شاء ، وإن لم يف بها مامعه ـ وكلها حالّة ، ولم يحجر الحاكم عليه ـ فخص بعضهم بالقضاء : صح .

وإن كان بعضها مؤجلا . فعجله بإذن سيده : جاز . وإلا فلا .

وإن كان التعجيل للسيد : فقبوله بمنزلة إذنه .

وإن حجر عليه بسؤال الغرماء ، فقال القاضى : عندى أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض . ويسوى بينهما . ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة

وقال الشارح : وقد اتفق الأصحاب على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة

وبنى ذلك فى الفروع وغيره من الأصحاب : على الروايتين فى أصل المسألة .

فقال ـ بانياً على الرواية الأولى ـ : تقدم ديون محجور عليه لعدم تعلقها برقبته .

فلهذا إن لم يكن بيده مال ، فليس لغريمه تعجيزه . بخلاف الأرش ودين الكتابة .

وعنه : يتعلق برقبته . فتتساوى الأقدام ، ويملك تعجيزه ، ويشترك رب الدين والأرش بعد موته ، لفوت الرقبة .

وقيل : يقدم دين المعاملة .

ثم قال : ولغير المحجور تقديم أى دين شاء .

وذكر ابن عقيل ، وجماعة : أنه بعد موته : هل يقدم دين الأجنبى على السيد ، كحالة الحياة ، أم يتحاصان ؟ فيه روايتان .

وهل يضرب سيده بدين معاملة مع غريمه ؟ فيه وجهان .

الثانية : لايجبر المكاتب على الكسب لوفاء دينه . على الصحيح من المذهب

قال فى القاعدة الثانية والثلاثين بعد المائة : هذا المذهب المشهور . لأنه دين ضعيف . وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون .

قوله ﴿ وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ . لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به كثير من الأصحاب . منهم : صاحب الفروع ، وغيره فى باب الخيار .

وذكر القاضى : أن العبد المكاتب له الخيار على التأبيد ، بخلاف سيده .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفيه نظر .

قال ابن عقيل : لا خيار للسيد . وأما العبد فله الخيار أبداً ، مع القدرة على الوفاء والعجز . فإذا امتنع كان الخيار للسيد . هذا ظاهر كلام الخرقى .

وقال أبو بكر : إن كان قادراً على الوفاء فلا خيار له . وإن عجز عنه فله الخيار . ذكر ذلك فى النكت ، فى « باب الخيار » وقال ماقاله القاضى ، وابن عقيل . قاله الشيرازى ، وابن البنا . ذكره الزركشى ، على مايأتى قريباً .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ ﴾ .

أن الباقى من الكتابة بعد موت سيده يطالب به ويؤخذ منه . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل ابن هانىء : إن أدى بعض كتابته ثم مات السيد ، يحسب من ثلثه مابقى من كتابة العبد . ويعتق .

وتقدم فى أول باب الولاء « إذا أدى المكاتب بعض الكتابة للورثة : هل يكون الولاء للسيد أو للورثة ؟ » .

قوله ﴿ فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِسَيِّدِهِ الفَسْخُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

﴿ وَعَنْهُ : لاَ يُعَجَّزُ حَتَّى يَحُلَّ نَجْمَانِ ﴾ .

وهو ظاهر كلام الخرق . قال القاضى : وهو ظاهر كلام أصحابنا .

قال فى الهداية : وهو اختيار أبى بكر ، والخرقى . ونصره فى المغنى .

﴿ وَعَنْهُ لاَيُعَجَّزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ ﴾ .

ذكرها ابن أبى موسى . وروى عنه : أنه إن أدى أكثر مال الكتابة : لم يرد إلى الرق ، واتُّبع بما بقى .

وقال فى عيون المسائل : ليس له الفسخ قبل حلول نجم ولا بعده ، مع قدرة العبد على الأداء ، كالبيع .

وقال فى الترغيب : إن غاب العبد بلا إذن سيده : لم يفسخ ، ويرفع الأمر إلى حاكم البلد الذى هو فيه ، ليأمره بالأداء ، أو يثبت عجزه . فحينئذ يملك الفسخ .

وقاله فى الرعاية أيضاً . وقال : وقيل إن لم يتفقا فسخها الحاكم .

فعلى المذهب : يلزمه إنظاره ثلاثة أيام . قاله الأصحاب ، كبيع عرض . ومثله مال غائب دون مسافة قصر يرجو قدومه ، ودين حال على ملىء ومودع .

قال فى الفروع : وأطلق جماعة لايلزم السيد استيفاؤه . قال : فيتوجه مثله فى غيره .

فائدة : حيث جوزنا له الفسخ ، فإنه لايحتاج إلى حكم حاكم .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ فَسْخُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

﴿ وَعَنْهُ : لَهُ ذَلِكَ ﴾ .

قال فى الفروع : وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله : للعبد فسخها .

قال الزركشى : ووقع فى المقنع ، والكافى : رواية بأن للعبد فسخها .

قال : والظاهر أنه وهم ، والذى ينبغى حمل ذلك عليه : أن له الفسخ إذا امتنع من الأداء . وهذا كما قال ابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا : إنها لازمة من جهة السيد ، جائزة من جهة العبد .

وفسروا ذلك بأن له الامتناع من الأداء . فيملك السيد الفسخ . انتهى .

فائدة : لو اتفقا على فسخها : جاز . جزم به فى الكافى وغيره .

قال فى الفروع : ويتوجه لايجوز ، لحق الله .

قوله ﴿ وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ مُكَاتَبِه ، ثُمَّ مَاتَ : انفَسَخَ النِّكَاحُ ﴾ .

يعنى : إذا كانت وارثة من أبيها ، وكان النكاح صحيحاً . وهذا المذهب . جزم به فى الشرح ، وغيره .

قال ابن منجا : هذا المذهب . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . ويحتمل أن لاينفسخ حتى يعجز .

فائدة : الحكم فى سائر الورثة من النساء ، إذا كانت زوجة له : كالحكم فى البنت . وكذا لو تزوج رجل مكاتبة فورثها ، أو بعضها : انفسخ نكاحه .

ويأتى « إذا ملك الحر زوجته ، أو بعضها » فى باب المحرمات فى النكاح .

قوله ﴿ وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبُعَ مَالِ الْكِتَابَةِ . إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ﴾ .

الصحيح من المذهب : وجوب إيتاء العبد ربع مال الكتابة . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وذكر فى الروضة رواية ـ وقدمها ـ أنه لا يجب ، وأن الأمر فى الآية للاستحباب .

وظاهر مختصر ابن رزين : أن فيه خلافاً . فإنه قال : وعنه يعتق بملك ثلاثة أرباعها ، إن لزم إيتاء الربع .

قال فى الفائق قلت : وفى وجوبه نظر ، للاختلاف فى مدلول الآية ، وفى التقدير . انتهى

قلت : ظاهر الآية وجوب الإيتاء ، لكن ذلك غير مقدر . فأى شىء أعطاه فقد سقط الوجوب عنه وامتثل وقد فسرها ابن عباس رضى الله عنهما بذلك . هذا مالم يصح الحديث[1] . فإن صح الحديث فلا كلام .

فائدة : إن أعطاه السيد من جنس مال الكتابة : لزمه قبوله . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يلزمه إلا إذا كان منها ، لظاهر الآية .

وإن أعطاه من غير جنسها ، مثل أن يكاتبه على دراهم ، فيعطيه دنانير ، أو عروضاً : لم يلزمه قبوله ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يلزمه . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ ، وَعَجَزَ عَنِ الرُّبُعِ : عَتَقَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ﴾ .

---

(١) هو ما رواه أبو بكر ـ الخلال ـ عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ربع الكتابة » اهـ كشاف القناع .

واختاره أبو بكر . قال فى الكافى ، قال أصحابنا : إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته ، وعجز عن الربع : عتق .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم : إذا أدى ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع : لم يجز للسيد الفسخ .

وظاهر كلام الخرقى : أنه لايعتق حتى يؤدى جميعها .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو المذهب .

قال فى المستوعب : هى المشهورة . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى . واختاره المصنف ، وغيره .

قال فى المحرر : وظاهر قول أبى الخطاب : عدم العتق ، ومنع السيد من الفسخ .

وقد تقدم لفظه فى الهداية وغيره .

وقال فى الفروع : فإن أدى ثلاثة أرباع المال ـ وعنه : أو أكثر منه ـ وعجز عن الباقى : لم يعتق . ولسيده فسخها فى أنص الروايتين فيهما .

وقال فى الترغيب : وفى عتقه بالتقاص روايتان . ولم يذكر العجز .

قال : ولو أبرأه من بعض النجوم ، أو أداه إليه : لم يعتق به على الأصح . وأنه لو كان على سيده مثل النجوم : عتق على الأصح . انتهى .

وقال فى الفائق : ولو أدى ثلاثة أرباعه وعجز عن ربعه : لم يعتق فى أحد الوجهين . اختاره الشيخ .

وقال أبو بكر ، والقاضى : يعتق . وللسيد الفسخ . نص عليه . وقيل : لا . انتهى .

وقال فى الرعايتين : فإن أدى ثلاثة أرباعه ، وعجز عن ربعه : لم يعتق فى الأصح . ولسيده الفسخ . نص عليه . وقيل : لا .

وقال فى الحاوى الصغير : فإن أدى ثلاثة أرباعه ، وعجز عن ربعه : لم يعتق فى الأصح . ولسيده الفسخ . نص عليه .

وقال أبو بكر : لم يجز للسيد الفسخ .

وصحح فى النظم : أنه لايعتق . ويملك الفسخ . نص عليه .

وقال أبو الخطاب : لايملك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَ عَبِيدًا لَهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ : صَحَّ . وَيُقَسَّطُ العِوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمْ ﴾ يوم العقد ﴿ وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتَباً بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتِقُ بِأَدَائِهَا . وَيَعْجِزُ بِالعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَهُ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد الفقهية : اختاره القاضى ، وأصحابه . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه . وقالا : هذا أصح . قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال أبو بكر : العوض بينهم على عددهم . ولا يعتق واحد منهم ، حتى يؤدى جميع الكتابة . واختاره ابن أبى موسى .

قال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : ونقل مهنا مايشهد لذلك . وذكر الاختلاف فى مأخذ هذا القول .

فائدة : لو شرط عليهم فى العقد ضمان كل واحد منهم عن الباقين : فسد الشرط ، وصح العقد . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية .

وعنه : صحة الشرط أيضاً . ذكرها أبو الخطاب .

وخرجه ابن حامد وجها ، بناء على الروايتين فى ضمان الحر لمال الكتابة ، على ماتقدم فى باب الضمان .

ويذكرون المسألة هنا كثيراً .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفُوا بَعْدَ الأَدَاءِ فِى قَدْرِ مَا أَدَّى كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِى أَدَاءَ قَدْرِ الوَاجِبِ عَلَيْهِ ﴾ .

جزم به فى الفروع . والنظم .

قال الشارح : هذا إذا أدوا وعتقوا ، فقال من كثرت قيمته : أدينا على قدر قيمتنا . وقال الآخر : أدينا على السواء ، فبقيت لنا على الأكثر قيمة بقية .

فمن جعل العوض بينهم على عددهم ، قال : القول قول من يدعى التسوية .

ومن جعل على كل واحد قدر حصته : فعنده وجهان .

أحدهما : القول قول من يدعى التسوية .

والثانى : القول قول من يدعى أداء قدر الواجب عليه .

وجزم بهذا القول فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وأطلق الوجهين فى الرعايتين ، والفائق ، وقالا وقيل : يصدق من ادعى أداء ماعليه إذا أنكر مازاد .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ . فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ كُلُّهُ ﴾

قاله أبو بكر . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

فإن كان كاتب نصفه : أدى إلى سيده مثلى كتابته . لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع عن الكتابة . فيصح .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

واختار فى الرعاية : أنه لابد من إذن الشريك إذا كان معسراً .

فائدة: قوله ﴿ فَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ لِسَيِّدِهِ الآخَرِ: عَتَقَ كُلُّهُ ﴾.

هذا صحيح، لكن يكون لسيده من كسبه بقدر ما كوتب منه. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. وعنه: يوماً و يوماً.

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ قَبْلَ أَدَائِهِ: عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا. وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ الْمُكَاتَبِ ﴾.

وهذا المذهب. نص عليه فى رواية بكر ابن محمد. واختاره الخرقى. وحكاه القاضى فى كتاب الروايتين عن أبى بكر. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والنظم.

وقال القاضى: لايسرى إلى نصف المكاتب، إلا أن يعجز، فيقوم عليه حينئذ. و يسرى العتق.

قال المصنف، والشارح: واختاره أبو بكر.

فعلى هذا: إن أدى كتابته عتق الباقى بالكتابة. وكان ولاؤه بينهما.

وعلى المذهب: يضمن للشريك نصف قيمته مكاتباً، على الصحيح من المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقى. وقدمه فى المستوعب، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق. وصححه فى النظم. وجزم به فى المغنى.

وعنه: يضمنه بالباقى من كتابته.

قال فى المستوعب، قال ابن أبى موسى: فعلى هذه يكون الولاء بينهما. لكل واحد منهما بقدر ماعتق عليه. وجزم به الزركشى.

فكأن ابن أبى موسى قال: يعتق على من أدى إليه المكاتب بمقدار ماأدى إليه. و يعتق الباقى على من أعتق. ويكون الولاء بينهما بقدر ماعتق على كل واحد منهما.

قوله ﴿ وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا : جَازَ ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوِى أَوِ التَّفَاضُلِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدِّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى التَّسَاوِى . فَإِذَا كَمَّلَ أَدَاءَهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الآخَرِ : عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ : لَمْ يَعْتِقْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الآخَرِ فَيَعْتِقِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتِقَ ﴾ .

قال الشارح : إذا كان العبد لاثنين فكاتباه معاً ، سواء تساويا فى العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا ، وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين : صح .

ثم قال : ولا يجوز أن يختلفا فى التنجيم ، ولا فى أن يكون لأحدهما من النجوم ـ قبل النجم الأخير ـ أكثر من الآخر . فى أحد الوجهين . لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على السواء . ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر . واختلافهما فى ميقات النجوم وقدر المؤدى : يفضى إلى ذلك .

والثانى : يجوز ، لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له . ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله ، أو أكثر منه .

ثم قال : وليس للمكاتب أن يؤدى إلى أحدهما أكثر من الآخر . ذكره القاضى .

قال المصنف : لا أعلم فيه خلافا .

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً : لم يصح القبض ، وللآخر : أن يأخذ منه حصته إذا لم يأذن له . فإن أذن ففيه وجهان . ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يصح . وهو أصح ، إن شاء الله تعالى .

والثاني : لايصح . اختاره أبو بكر . انتهى كلام الشارح .

وقال فى المحرر : وإن كاتب اثنان عبدهما على التساوى ، أو التفاضل : جاز ، ولم يؤد إليهما إلا على قدر ملكيهما . فإن خص أحدهما بالأداء لم يعتق نصيبه . إلا أن يكون بإذن الآخر . فإنه على وجهين . انتهى .

فقول المصنف « فإذا كمل أداءه إلى أحدهما قبل الآخر : عتق كله عليه » يعنى إذا كاتباه منفردين وكان موسرا .

وقوله « وإن أدى إلى أحدهما دون صاحبه ـ إلى آخره » محمول على ما إذا كاتباه كتابة واحدة ، بأن يوكلا من يكاتبه ، أو يوكل أحدهما الآخر . فيكاتبه صفقة واحدة .

فكلام المصنف فيه إيهام .

وتحرير المسألة : ماقاله فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم : أنهما إذا كاتباه منفردين ، فأدى إلى أحدهما ما كاتبه عنيه ، أو أبرأه من حصته : عتق نصيبه خاصة ، إن كان معسراً . وإن كان موسراً : عتق عليه جميعه . ويكون ولاؤه له . ويضمن حصة شريكه .

وإن كاتباه كتابة واحدة . فأدى إلى أحدهما مقدار حقه بغير إذن شريكه : لم يعتق منه شىء . فإن أدى بإذن شريكه : فهل يعتق نصيب المؤدى إليه ؟ على وجهين .

ويحمل كلام المصنف الأخير هنا على ذلك .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فقدم المصنف هنا : أنه يعتق نصيب المؤدى إليه . وهو المذهب . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، والناظم .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

ويحتمل أن لايعتق ولو أذن له الآخر . وهو الوجه الثانى . واختاره أبو بكر .

فعلى المذهب : إذا أدى ماعليه من مال الكتابة بإذن الآخر : عتق نصيبه . ويسرى إلى باقيه إن كان موسراً . وعليه قيمة حصة شريكه . وهذا قول الخرقى ، وغيره . ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على مابقى من كتابته . وولاؤه كله له .

وقال أبو بكر ، والقاضى : لايسرى العتق فى الحال ، وإنما يسرى عند عجزه .

فعلى قولهما : يكون باقياً على الكتابة . فإن أدى إلى الآخر : عتق عليهما ، وولاؤه لهما . وما يبقى فى يده من كسبه فهو له . وإن عجز وفسخت كتابته : قوم على الذى أدى إليه . وكان ولاؤه كله له .

فائدتان

إحداهما : قال القاضى : ويطرد قول أبى بكر فى دين بين اثنين أذن أحدهما للآخر فى قبض نصيبه : لايقبض إلا بقسط حقه منه .

وقال أبو الخطاب : لايرجع الشريك فى الأصح ، كمسألتنا .

الثانية : لو كاتب ثلاثة عبداً ، فادعى الأداء إليهم . فأنكره أحدهم : شاركهما فيما أقرا بقبضه . قاله الأصحاب : الخرقى ، فمن بعده . ونص الإمام أحمد رحمه الله : تقبل شهادتهما عليه . وقطع به الخرقى ، وغيره . وهو المذهب .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وغيرهم : قياس المذهب لاتقبل شهادتهما عليه . واختاره ابن أبى موسى ، وصاحب الروضة .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُهَا ﴾ بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عِوَضِهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ﴾ .

فى إحدى الروايتين . وهو المذهب .

قال القاضى : هذا المذهب . نص عليه فى رواية الكوسج .

وجزم به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وصححه فى النظم وغيره . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : القول قول المكاتب . اختارها جماعة . منهم : الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ والشيرازى . وصححها ابن عقيل فى التذكرة .

وعنه : يتحالفان . اختارها أبو بكر . وقال : اتفق الشافعى وأحمد رحمهما الله على أنهما يتحالفان ويترادان . وأطلقهن فى الفائق ، والزركشى .

فعلى رواية التحالف : إن تحالفا قبل العتق فسخ العقد ، إلا أن يرضى أحدهما بما قال صاحبه . وإن تحالفا بعد العتق : رجع السيد بقيمته . ورجع العبد بما أداه .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي وَفَاءِ مَالِهِمَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ﴾ بلا نزاع

قوله ﴿ فَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ شَاهِدًا ، وَحَلَفَ مَعَهُ أَوْ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ : ثَبَتَ الْأَدَاءُ ، وَعَتَقَ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب . بناء على أن المال ، وما يقصد به المال : يقبل فيه شاهد ويمين . على ما يأتى . والخلاف بينهما هنا فى أداء المال .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يقبل فى النجم الأخير إلا رجلان . لترتب العتق على شهادتهما . وبناء على أن العتق لا يقبل فيه إلا رجلان . ذكره فى الترغيب وغيره .

قوله ﴿ وَالـكِتَابَةُ الفَاسِدَةُ ، مِثْلُ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ : يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ﴾ .

وكذا لو كان العوض مجهولا ، أو شرط فيها ماينافيها ـ وقلنا : تفسد بفساد الشرط فى وجه . على ماتقدم ـ يغلب حكم الصفة فى كل ذلك ، فى أنه إذا أدى : عتق . ولـكل واحد منهما الفسخ . فهى جائزة من الطرفين .

وهذا المذهب فى ذلك كله . وعليه أكثر الأصحاب . منهم : القاضى ، وأصحابه . قاله فى القواعد الأصولية .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وصححه فى النظم وغيره .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية ، والحاوى ، وغيرهم .

وعنه : بطلان الـكتابة مع تحريم العوض . اختاره أبو بكر ، وابن عقيل .

قال فى القاعدة السابعة والأربعين : وهو الأظهر .

قال فى القواعد الأصولية : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن العقد يبطل من أصله . وأول القاضى وأبو الخطاب النص .

وقال القاضى فى الخلاف الـكبير : المغلب فى الـكتابة على عوض مجهول : المعاوضة . بدليل أنه يعتق بالأداء إلى الوارث .

فائدتان

إحداهما : قال فى القواعد الأصولية : قول الأكثرين « إن الـكتابة إذا لم تـكن منجمة باطلة من أصلها » مع قولهم فى الـكتابة على عوض مجهول ﴿ يُغَلَّبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ﴾ مشـكل جداً . وكان الأولى ـ إذا كان العوض معلوماً ـ أن يغلب فيها حكم الصفة أيضاً .

الثانية : قال المصنف ـ وتبعه الشارح وغيره ـ : إذا كانت الـكتابة الفاسدة بعوض محرم ، فإنها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام .

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه مطلقاً .

الثانى : إذا أعتقه بالأداء ، لم يلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده .

الثالث : يملك المكاتب التصرف فى كسبه . وله أخذ الصدقات والزكوات .

الرابع : إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة . فأدى أحدهم حصته : عتق على قول من قال : إنه يعتق فى الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، ومن لا فلا هنا .

وتفارق الصحيحة فى ثلاثة أحكام .

أحدها : إذا أبرأه لم يصح ولم يعتق . على الصحيح من المذهب . واختار فى الانتصار : إن أتى بالتعليق لم يعتق بالإبراء . وإلا عتق .

الثانى : لكل واحد منهما فسخها .

الثالث : لا يلزم السيد أن يؤدى إليه شيئاً من الكتابة . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز .

والوجه الثانى : يلزمه . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قوله ﴿ وَتنفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَجُنُونِهِ وَالْحَجْرِ لِلسَّفَهِ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والخلاصة .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وقاله القاضى وأصحابه فى الانفساخ بالموت .

وقال أبو بكر : لا تنفسخ بالموت ، ولا بالجنون ، وَلاَ بِالْحَجْرِ . ويعتق بِالأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ .

قال المصنف « والأولى : أنها لاتبطل بالحجر والجنون » وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ فَضَلَ عَنِ الأَدَاءِ فَضْلٌ : فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ﴾ .

يعنى : فى الكتابة الفاسدة . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وأبو الخطاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والوجيز ، وقدمه فى الشرح .

وقال القاضى : مافى يد المكاتب ، وما يكسبه ، وما يفضل فى يده بعد الأداء : فهو له . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

وأطلق فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق : الوجهين فيما يكسبه .

وكلامه فى الرعايتين ، والحاوى كالمتناقض . فإنهما جزما بأن لسيده أخذ مامعه قبل الأداء وما فضل بعده . وقالا قبل ذلك : وفى تبعية الكسب وجهان .

قوله ﴿ وَهَلْ يَتْبَعُ المُكَاتَبَةَ وَلَدُهَا فِيهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يتبعها . قال المصنف فى المغنى ، والشارح : هذا أقيس وأصح وكذا قال ابن رزين فى شرحه .

الثانى : يتبعها . قدمه فى الكافى .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

قال فى القاعدة الحادية والعشرين : إن قلنا هو جزء منها : تبعها ، وإن قلنا هو كسب : ففيه وجهان . بناء على سلامة الأكساب فى الكتابة الفاسدة .

فائدة : هل تصير أم ولد إذا أولدها فيها أم لا ؟ على وجهين .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

وفى الصحة هنا وجه ، ذكره القاضى ، وإن منعناها فى غيره .

باب أحكام أمهات الأولاد

تنبيه : عموم قوله ﴿ وَإذَا عَلِقَتِ الأَمَةُ مِنْ سَيِّدِهَا ﴾ .

يشمل : سواء كانت فراشاً ، أو مزوجة . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

ونقل حرب ، وابن أبى حرب — فيمن أولد أمته المزوجة — : أنه لا يلحقه الولد .

فائدة : فى إثم واطىء أمته المزوجة جهلا : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب عدم الإثم . وتأثيمه ضعيف .

قوله ﴿ فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا تَبَيَّنَ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الإنْسَانِ : صَارَتْ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدٍ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمبهج ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والفائق ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : لابد أن يكون له أربعة أشهر . واحتج بحديث ابن مسعود رضى الله عنه « فى عشرين ومائة يوم ينفخ فيه الروح [(١)] » وتنقضى به العدة . وتعتق الأمة إذا دخل فى الخلق الرابع .

وقدم فى الإيضاح : ستة أشهر .

ونقل الميمونى : إن لم تضع ، وتبين حملها فى بطنها : عتقت ، وأنه يمنع من نقل الملك لما فى بطنها حتى يعلم .

قوله ﴿ فَإِذَا مَاتَ : عَتَقَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا ﴾ هذا بلا نزاع .

ومحل هذا : إذا لم يجز بيعها على المذهب .

---

(١) هو حديث الصادق المصدوق . متفق عليه .

أما إن جاز بيعها : فقطع المصنف وغيره بأنها لا تعتق بموته .

قال الزركشي : وظاهر إطلاق غيره : يقتضي العتق . ولهذا قدمه ابن حمدان فقال وقيل : إن جاز بيعها لم تعتق عليه بموته .

ويأتي بعض ذلك عند ذكر الخلاف في جواز بيعها .

قوله ﴿ وَإِنْ وَضَعَتْ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ ، مثلَ المُضْغَة : فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، والحاوي الصغير .

إحداهما : لا تصير بذلك أم ولد . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقي . وصححه في النظم . وهو ظاهر ماقدمه في الرعاية الكبرى . وقدمه في الفروع .

والرواية الثانية : تصير به أم ولد . صححه في التصحيح . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والخلاصة . وقال : لا تنقضي به العدة . وجزم به في الوجيز .

قال في المذهب : فإن وضعت جسما لا تخطيط فيه ، فقال الثقات من القوابل : هو مبدأ خلق الإنسان ، ففيه ثلاث روايات .

إحداهن : لا تصير أم ولد . والثانية : تصير . والثالثة : تصير أم ولد ، إلا في العدة . فإنها لا تنقضي بذلك .

وقال في الرعاية الكبرى ، وقيل : إن وضعت قطعة لحم لم يبن فيها خلق آدمي : فثلاث روايات .

الثالثة : تعتق ، ولا تنقضي به العدة . انتهى .

وقيل : ماتجب فيه عدة تصير به أم ولد ، وإن كان عَلَقة .

وقيل : تصير أم ولد بما لا تنقضي به العدة . انتهى .

وقيل : لا تصير أم ولد بما لا تنقضي به عدتها . ذكره أيضاً .

قال المصنف ، والشارح : إذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق

الآدمى ، فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية : تعلقت بها الأحكام .

وجزم به الزركشى . وإن لم يشهدن بذلك ، لكن علم أنه مبدأ خلق آدمى بشهادتهن أو غيرها : ففيه روايتان .

فهذه الصورة محل الروايتين . وكذا قيد ابن منجا كلام المصنف بذلك .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنها لا تصير أم ولد بوضع علقة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تصير أم ولد بوضعها أيضاً . ونص عليه فى رواية مهنا ، ويوسف بن موسى .

وقدم الأول فى الرعاية الكبرى . وتقدم كلامه فى العلقة .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصَابَهَا فِى مِلْكِ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلاً : عَتَقَ الْجَنِينُ . وَلَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ ﴾ .

هذا المذهب . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الفائق : هذا المذهب . ورواه إسحاق بن منصور عن الإمام أحمد رحمه الله . وكلام الخرقى : يقتضى ذلك .

وجزم به القاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب ــ فى خلافيهما ــ وابن عقيل فى التذكرة ، والشيرازى فى المبهج ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

واختاره المصنف ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

وصححه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : تصير أم ولد ، ولو كان قد ملكها بعد وضعها منه . نقلها ابن أبى موسى .

قال المصنف : ولم أجد هذه الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . إنما نقل مهنا عنه الوقف .

وعنه : تصير أم ولد إذا ملكها حاملا ، بشرط أن يطأها فيه . واختارها أبو الخطاب .

وقال القاضي : إن ملكها حاملا ، ولم يطأها حتى وضعت : لم تصر أم ولد .

وإن وطئها حال حملها . فإن كان بعد أن كمل الولد ، وصار له خمسة أشهر : لم تصر بذلك أم ولد أيضاً .

وإن وطئها قبل ذلك : صارت أم ولد . وجزم به فى الفصول .

وقال ابن حامد : تصير أم ولد إذا ملكها حاملا ، بشرط أن يطأها فى ابتداء الحمل أو بوسطه .

وقيل : إنه روى عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو قريب من قول القاضي .

فعلى الرواية الأولى والثانية : لو أقر بولد من أمته أنه ولده ، ثم مات ولم يبين ـ هل استولده فى ملكه أو قبله ، وأمكنا ـ ففى كونها أم ولد وجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم هنا .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا فى آخر كتاب الإقرار .

وهما احتمالان فى الهداية ، والمذهب .

أحدهما : تكون أم ولد . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه أيضاً فى الرعاية ـ فى آخر الباب ـ وإدراك الغاية .

والثانى : لا تكون أم ولد . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، فى آخر كتاب الإقرار .

فعلى هذا : يكون له عليه الولاء . وفيه نظر . قاله فى المغنى .

وتأتى المسألة فى كلام المصنف فى آخر كتاب الإقرار .

فائدة حسنة : لو قال لجاريته « يدك أم ولدى » أو قال لولدها « يدك ابنى » صح . ذكره فى الانتصار فى طلاق جزء . واقتصر عليه فى الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ أَوْ غَيْرِهِ ﴾ .

أن الخلاف شامل لما لو وطئها بزنا ثُمَّ مَلَكَهَا .

وقد صرح به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال الشريف ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح : إذا أصابها بذلك فإنها لا تصير أم ولد بذلك قولاً واحداً .

فائدة : نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها ـ أن الولد لايلحق بالواطىء . ولكن يعتق عليه . لأن الماء يزيد فى الولد . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والروضة ، وغيرهم . ونقله الأثرم ، ومحمد ابن حبيب . ونقل صالح وغيره : يلزمه عتقه . فيعايى بها

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يستحب ذلك . وفى وجوبه خلاف فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره .

وقال أيضاً : يعتق ويحكم بإسلامه ، وأنه يسرى كالعتق . ولا يثبت نسبه .

تنبيه : تقدم فى آخر باب قسمة الغنائم « إذا وطىء جارية من المغنم ، ممن له فيها حق ، أو لولده . فأولدها » ماحكمه ؟ .

وتقدم فى باب الوقف « إذا وطىء الجارية الموقوفة عليه فأحبلها » وحكمها .

وتقدم فى باب الهبة « إذا أحبل جارية ولده » فى فصل « وللأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء » .

قوله ﴿ وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ : أَحْكَامُ الأَمَةِ فِى الإِجَارَةِ وَالاسْتِخْدَامِ وَالْوَطْءِ وَسَائِرِ أُمُورِهَا ، إلاَّ فِيمَا يَنقُلُ الْمِلْكَ فِى رَقَبَتِهَا . كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالْوَقْفِ ، أَوْ مَاتُرَادُ لَهُ ، كَالرَّهْنِ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه لايجوز ولا يصح بيع أم الولد . وعليه جماهير

الأصحاب . ونص عليه . وقطع به كثير منهم . وحكى جماعة الإجماع على ذلك .

وعنه : مايدل على جواز بيعها مع الـكراهة . ولا عمل عليه .

قلت ، قال فى الفنون : يجوز بيعها . لأنه قول على بن أبى طالب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم . وإجماع التابعين لايرفعه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو الأظهر .

قال : فتعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد ، أو بعضها مع عدم سعته . ولو لم يكن لها ولد فـكسائر رقيقه . وكذا قال فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفائق .

قال فى الفروع ـ بعد ذكر الرواية ـ فقيل : لا تعتق بموته .

ونفى هذه الرواية فى الحاوى الصغير ، ولم يثبتها وتأولها .

وحكى بعضهم هذا القول إجماع الصحابة .

وتقدم فى أواخر التدبير : أنه لايصح تدبيرها ، على الصحيح من المذهب .

وتقدم فى أوائل كتاب الوقف : هل يصح وقف أم الولد أم لا ؟ .

وتقدم أيضاً فى أواخر باب الهبة : هل يصح هبة أم الولد أم لا ؟ فليراجعا .

فائدة : هل لهذا الخلاف شبهة ؟ فيه نزاع . والأقوى فيه شبهة .

قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله . وأنه ينبنى عليه : لو وطىء معتقداً تحريمه ، هل يلحقه نسبه ، أو يرجم المحصن ؟ أما التعزير : فواجب . انتهى . وتابعه فى الفروع .

قوله ﴿ ثُمَّ إنْ وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا : فَلِوَلَدِهَا حُكْمُهَا فِى العتق بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، سَوَاء عَتَقَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ﴾ .

يعنى : إذا ولدت من زوج أو غيره ، بعد أن صارت أم ولد من سيدها . وسواء عتقت أمه قبل موت السيد ، أو ماتت فى حياة السيد . فإن حكم الولد :

حكمها ، إن مات سيدها عتق معها . ويجوز فيه من التصرفات مايجوز فيها . ويمتنع فيه مايمتنع فيها .

وكذا ولد المدبرة لايبطل الحكم فيه بموت أمه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقال فى الانتصار : هل يبطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد أم لا ؟ لأنه لامال لهما .

اختلف كلامه فيه . ويظهر الحكم فى ولدها .

وقال فى القاعدة الثانية والثلاثين : على القول بأن ولد المدبرة يتبعها : قال الأكثرون : يكون مدبراً بنفسه ، لا بطريق التبع . وقد نص على أن الأم لو عتقت فى حياة السيد : لم يعتق الولد حتى تموت .

فعلى هذا : لو رجع فى تدبير الأم ـ وقلنا له ذلك ـ : بقى الولد مدبرا . وهذا قول القاضى ، وابن عقيل .

وقال أبو بكر : هو تابع محض . إن عتقت عتق . وإن رقت رق . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى . انتهى .

وتقدم ذلك فى باب المدبر عند قوله « وما ولدت المدبرة ، بعد تدبيرها : فهو بمنزلتها » .

أما ولد المكاتبة إذا ماتت : فإنه يعود رقيقا .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ ﴾ .

أن الولد لو كان موجودا قبل إيلادها من سيدها : لايعتق بموت السيد . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال فى الفروع : لايعتق على الأصح . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وعنه : يعتق . خرجها المصنف والشارح من ولد المدبرة الذى كان قبل التدبير ، على ماتقدم فى بابه .

قوله ﴿ وَإنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟ عَلى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

إحداهما : تستحق النفقة . صححه فى التصحيح .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : لها النفقة على أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز .

والرواية الثانية : لاتستحقها . هـذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل ، هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين .

ومبنى الخلاف على الخلاف فى نفقة الحامل : هل هى للحمل ، أو للحامل ؟ .

فإن قلنا : هى للحمل ، فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل . لأن الحمل له نصيب فى الميراث .

وإن قلنا : للحامل ، فالنفقة على الزوج ، أو السيد . انتهى .

قلت : ويأتى فى كلام المصنف فى كتاب النفقات « هل تجب النفقة لحملها ، أو لها من أجله ؟ على روايتين » والصحيح من المذهب : أنها تجب للحمل .

قوله ﴿ وَإذَا جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ ، فَدَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ دُونِهَا ﴾

يعنى : إذا كان ذلك قدر أرش جنايتها . وهذا المذهب .

قال الزركشى ، وابن منجا : هـذا المذهب . وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز . وقدمه فى الهداية ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : عليه فداؤها بأرش الجناية كله . حكاها أبو بكر . وقدمه فى النظم . والفائق . وأطلقهما فى المحرر .

فعلى المذهب : يفديها بقيمتها يوم الفداء . قاله الأصحاب . وتجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد .

قوله ﴿ وَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ فَدَاهَا أَيْضاً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المشهور من الروايتين ، والمختار لعامة الأصحاب : أبي بكر ، والقاضي ، وأصحابه ، والمصنف ، وغيرهم . حتى قال أبو بكر : ولو جنت ألف مرة . وقطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفروع والفائق ، والمغني ، والشرح . ونصراه .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

وعنه : يتعلق الفداء الثاني وما بعده بذمتها . حكاها أبو الخطاب . وقدمه في المستوعب ، والترغيب . وأطلقهما في المذهب .

وقال في الفائق ، قلت : المختار عدم إلزامه جنايتها .

فعلى الرواية الثانية : قال في الرعاية ، قلت : يرجع الثاني على الأول بما يخصه مما أخذه .

تنبيه : أطلق المصنف هذه الرواية . وكذا أطلقها أبو الخطاب في الهداية ، والمصنف في الكافي ، والمجد في المحرر ، وغيرهم .

وقيدها القاضي في كتاب الروايتين ، والمصنف ، والمغني ، والشارح ، حاكين ذلك عن أبي الخطاب ، وابن حمدان في رعايتيه بما إذا فداها أولاً بقيمتها .

قال الزركشي : ومقتضى ذلك : أنه لو فداها أولا بأقل من قيمتها : لزمه فداؤها ثانياً بما بقي من القيمة بلا خلاف .

فائدة : قال المصنف ، والشارح : وإن جنت جنايات ، وكانت كلها قبل

فداء شيء منها : تعلق أرش الجميع برقبتها . ولم يكن على السيد فى الجنايات كلها إلا قيمتها ، أو أرش جميعها . وعليه الأقل منهما .

ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم . فإن لم يف بها : تحاصوا فيها بقدر أروش جناياتهم .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا ، فَعَلَيْهَا القِصَاص ﴾ .

مقيد بما إذا لم يكن لها منه ولد . فإن كان لها منه ولد : لم يجب القصاص . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقد صرحوا به فى باب شروط القصاص بقولهم : ومتى ورث ولده القصاص أو شيئاً منه : سقط القصاص . فلو قتل امرأته ، وله منها ولد : سقط عنه القصاص .

ونقل مهنا : يقتلها أولاده من غيرها .

قال المصنف ، والشارح : وهى مخالفة لأصول مذهبه . والصحيح : لا قصاص عليها .

قال فى الرعاية : ولوليه ـ مع فقد ابنهما ـ : القود . وقيل : مطلقا .

قوله ﴿ فَإِنْ عَفَوْا عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتِ الجِنَايَةُ خَطَأً : فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ﴾ .

هـذا إحدى الروايتين . وهو قول الخرقى ، والمصنف فى كتبه ، والقاضى ، وجماعة من أصحابه .

والصحيح من المذهب : أنه يلزمها الأقل من قيمتها أو ديته . نص عليه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والقواعد الفقهية ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال ناظم المفردات :

إن قتلت فى الحكم أم الولد   سيدها فى خطأ للرشد

أو كان عمداً فعفوا للمال   قيمتها تلزم فى المقال

أو دية ، فأنقص الأمرين   يلزمها إذ ذاك فى الحالين

قال الزركشى : ولعل إطلاق الأولين محمول على الغالب . إذ الغالب أن قيمة الأمة : لاتزيد على دية الحر . انتهى .

قال الأصحاب : سواء قلنا الدية تحدث على ملك الورثة أو لا .

وفى الروضة : دية الخطأ على عاقلتها . لأن عند آخر جزء مات من السيد عتقت ووجب الضمان .

فائدة : وكذا إن قتلته المدبرة ـ وقلنا : تعتق ـ على ماتقدم فى آخر باب المدبر .

قوله ﴿ وَتعتقُ فى الموضعَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : فيما علاوه به نظر . لأن الاستيلاد كما أنه سبب للعتق بعد الموت ، كذلك النسب سبب للارث . فكما جاز تخلف الإرث مع قيام السبب بالنص . فكذلك ينبغى أن يتخلف العتق مع قيام سببه . لأنه مثله .

وقد قيل فى وجه الفرق : إن الحق ـ وهو الحرية ـ لغيرها . فلا تسقط بفعلها . بخلاف الإرث ، فإنه محض حقها

وأورد عليه المدبرة ، يبطل تدبيرها إذا قتلت سيدها ، وإن كان الحق لغيرها وأجيب بضعف السبب فى المدبرة .

قوله ﴿ وَلاَ حَدَّ عَلَى قَاذِفِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : عليه الحد . وعنه : عليه الحد ، إن كان لها ابن . لأنه أراده .

قال الزركشى : وينبغى إجراء الروايتين فيما إذا كان لها زوج حر . وكذلك ينبغى إجراؤهما فى الأمة القن .

ونظير ذلك : لو قذف أمة ، أو ذمية لها ابن أو زوج مسلمان . فهل يحد ؟ على روايتين . ذكرهما المجد وغيره .

وينبغي أن يقيد الابن والزوج بأن يكونا حرين . انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمّ وَلَدِ الْكَافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ : مُنِعَ مِنْ غِشْيَانِهَا وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ﴾ بلا نزاع .

ومقتضى ذلك : أن ملكه باق عليهما ، وأنهما لم يعتقا .

أما في أم الولد : فهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : وهو المذهب المختار لأبي بكر ، والقاضي ، وأبي الخطاب ، والشريف ، والشيرازي ، وغيرهم .

وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

وقدمه في المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وعنه : تعتق في الحال بمجرد إسلامها . نقلها مهنا . قاله المصنف في الكافي .

قال الزركشي : ولا أعلم له سلفا في ذلك .

وعنه : أنها تستسعى في حياته وتعتق . نقلها مهنا . قاله القاضي . ولم يثبتها أبو بكر . فقال : أظن أن أبا عبد الله أطلق ذلك لمهنا ، على سبيل المناظرة للوقت .

وأما المدبرة : فحكمها حكم المدبر إذا أسلم . وقد ذكره المصنف في باب التدبير . وتقدم الكلام على ذلك مستوفًى فليراجع .

وظاهر كلام المصنف : أن رواية الاستسعاء عائدة إلى أم الولد والمدبرة . والمنقول : أنها في أم الولد . وحملها ابن منجا على ظاهرها . وجعلها على القول بعدم جواز بيع المدبرة .

قوله ﴿ وَأُجْبِرَ عَلَى نفقتِهَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال المصنف : والصحيح أن نفقتها على سيدها ، والكسب له ، يصنع به ماشاء . وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها كسب أو لم يكن . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى . قاله الزركشى .

قلت : وهو الصواب .

وعنه : لا تلزمه نفقتها بحال . وتستسعى فى قيمتها . ثم تعتق كما تقدم .

وذكر القاضى : أن نفقتها فى كبسها ، والفاضل منه لسيدها .

فإن عجز كبسها عن نفقتها : فهل يلزم السيد تمام نفقتها ؟ على روايتين . وتبع القاضى جماعة من الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِذَا وَطِىءَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ ، فَأَوْلَدَهَا : صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ . وَوَلَدُهُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ﴾ .

لايلزمه إلا قيمة نصيب الشريك فقط . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمنور . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : يلزمه مع ذلك نصف مهرها .

وعنه : يلزمه مع نصف المهر نصف قيمة الولد .

وقال القاضى : إن وضعته بعد التقويم : فلا شىء فيه . لأنها وضعته فى ملكه . وإن وضعته قبل ذلك : فالروايتان . واختار اللزوم . قاله الزركشى .

قوله ﴿ وَإِنْ كانَ مُعْسِرًا : كَانَ فِي ذِمَّتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . واختاره الخرقي ، وغيره . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وعند القاضى فى الجامع الصغير ، وأبى الخطاب فى الهداية : إن كان معسراً لم يسر استيلاده . فلا يقوم عليه نصيب شريكه . بل يصير نصفها أم ولد ، ونصفها قن باق على ملك الشريك .

فعلى هذا القول : هل ولده حر أو نصفه ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : أنه حر كله .

ثم وجدت الزركشى قال ذلك . قال ابن رزين فى شرحه : وهو أصح .

قوله ﴿ فَإِنْ وَطِئَهَا الثَّانِى بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا . فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا . فَإِنْ كَانَ عَالِمًا : فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، وَإِنْ جَهِلَ إِيلادَ شَرِيكِهِ ، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ : فَوَلَدُهُ حُرٌّ . وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلادَةِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهذا مبنى على الصحيح من المذهب فى المسألة التى قبلها .

وعلى قول القاضى ، وأبى الخطاب : تكون أم ولد لهما . من مات منهما عتق حقه ويتكمل عتقها بموت الآخر .

وتقدم فى باب الكتابة ما يشابه ذلك فى قول المصنف « وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها » وما يشابهها أيضاً : ما إذا كاتب حصته ، وأعتق الشريك قبل أدائه فليراجع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ﴾

يعنى : بعد حكمنا بأنها صارت أم ولد لهما على قول القاضى ، وأبى الخطاب .

﴿وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَهَلْ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾ .

أحدهما : يقوم عليه . وهو المذهب .

قال فى الفروع : مضموناً عليه على الأصح .

قال المصنف ، والشارح : وهو أولى وأصح . إن شاء الله تعالى .

قال ابن منجا فى شرحه : وهو أصح وأقوى .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

والوجه الثانى : لا يقوم عليه ، بل يعتق مجاناً .

وقيل : لا يعتق إلا ما أعتقه . ولا يسرى إلى نصيب شريكه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

قد تم بحمد الله وحسن توفيقه ومعونته ، طبع الجزء السابع من كتاب الإنصاف ، وبعد أن فرغ الجزء الثالث من الأصل المخطوط بخط المصنف يسر الله تعالى وأعان على العثور على نسخة قيمة جداً مكتوبة فى حياة المصنف ، على النسخة التى بخط المصنف ، وقد ساعد على تصويرها الأخ الصالح خادم العلم وطلبته الأستاذ الحاج فؤاد السيد ، أمين قسم المخطوطات بدار الكتب المصرية بارك الله فيه ، وأدام توفيقه .

ويليه إن شاء الله الجزء الثامن ، وأوله « كتاب النكاح » والله المستعان ولا حول ولا قوه إلا بالله العلى العظيم . وصلى الله وسلم وبارك على إمام المهتدين وخاتم المرسلين محمد وعلى آله أجمعين .

فى يوم الاثنين ١٥ رمضان سنة ١٣٧٦ هـ
١٥ إبريل سنة ١٩٥٧ م

قاله
فقير عفو الله ورحمته
محمد حامد الفقى

فهرس

الجزء الثامن من كتاب الإنصاف

٥٣ تزويج الطفل والمعتوه ليس بإجبار
« لو كان يخنق فى الأحيان : لم يجز تزويجه إلا بإذنه .
« ليس للابن الصغير إذا زوجه الأب خيار إذا بلغ .
« للأب قبول النكاح للمجنون والصغير وله أن يفوضه إلى الصغير
« حيث قلنا : يزوج الصغير والمجنون فيكون بواحدة .
٥٤ المسألة الثانية ، أولاده الذكور العاقلون البالغون : ليس له تزويجهم
« المسألة الثالثة ، ابنته البكر التى لها دون تسع سنين : له تزويجها بغير إذنها ورضاها .
« المسألة الرابعة ، البكر التى لها تسع سنين فأزيد ، إلى ماقبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها .
٥٥ المسألة الخامسة ، البكر البالغة : له إجبارها أيضاً .
« المسألة السادسة ، البكر المجنونة : له إجبارها مطلقا .
٥٦ المسألة السابعة ، الثيب المجنونة الكبيرة : له إجبارها .
« المسألة الثامنة ، الثيب العاقلة التى لها دون تسع سنين . له إجبارها .
« المسألة التاسعة ، الثيب العاقلة التى لها تسع سنين فأكثر ، ولم تبلغ .

٥٧ المسألة العاشرة ، الثيب البالغة العاقلة ليس له إجبارها .
« للصغيرة بعد تسع سنين : إذن صحيح معتبر .
٥٨ حيث قلنا : بإجبار المرأة – ولها إذن – أخذ بتعينها كفوءاً .
٥٩ للسيد تزويج إمائه الأبكار والثيب
« لو كان نصف الأمة حراً ، ونصفها رقيقا الخ .
« لو كان بعضها معتقاً الخ
٦٠ تزويج عبيده الصغار بغير إذنهم ، ولا يملك إجبار عبده الكبير
« لا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها ، إلا المجنونة الخ .
« لولم يكن لها ولى إلا الحاكم .
٦١ تعرف شهوتها من كلامها .
« إن احتاج الصغير العاقل والمجنون المطبق إلى النكاح
٦٢ ليس لهم تزويج صغيرة بحال .
٦٤ إذن الثيب : الكلام . وإذن البكر الصمت .
« يعتبر فى الاستئذان تسمية الزوج .
« لايشترط الإشهاد على إذنها .
« لا فرق بين الثيوبة بوطء مباح ، أو محرم .
٦٥ لو عادت البكارة : لم يزل حكم الثيوبة
« لو ضحكت البكر ، أو بكت : كان كسكوتها .

١١٥ إن ماتت الأم قبل الدخول : هل تحرم بنتها ؟

١١٦ لو أبانها بعد الخلوة وقبل الدخول

« يثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام

١١٨ إن كانت الموطوأة ميته ، أو صغيرة

« إن باشر امرأة ، أو نظر إلى فرجها . أو خلا بها بشهوة

١١٩ إن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وبنته

١٢١ القسم الرابع : الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد ، إلا أن يكذب نفسه .

١٢٢ إذا فسخ الحاكم نكاحه لعنة أو عيب فيه يوجب الفسخ : لم تحرم

« يحرم الجمع بين الأختين . وبين المرأة وعمتها أو خالتها

١٢٣ لا يكره الجمع بين بنتى عميه أو عمتيه ، أو ابنتى خاليه أو خالتيه الخ

« لو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه فى عقد واحد

« لو كان لكل رجل بنت ، ووطئا أمه الخ

« إن تزوجهما فى عقد : لم يصح

١٢٤ إن تزوجهما فى عقدين ، أو تزوج إحداهما فى عدة الأخرى الخ

« إن اشتراهن فى عقد واحد : صح

١٢٤ إن وطىء إحداهما : لم تحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى

١٢٧ إخراجها عن ملكه ببيع

١٢٨ إن عادت إلى ملكه : لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى

١٢٩ إن وطىء أمته ، ثم تزوج أختها

« لا يطأ حتى يحرم الموطوأة

١٣٠ لو تزوج أخت أمته بعد تحريمها ، ثم رجعت الأمة إليه

« لو ملك أختين مسلمة وذمية . فله وطء المسلمة

« لو اشترى أخت زوجته

١٣١ لا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع حرائر ، ولا للعبد : أن يتزوج بأكثر من اثنتين الخ

« لا يحل للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين

« اختلف الإمام أحمد فى جواز تسرى العبد بأكثر من اثنتين .

١٣٢ تحرم الزانية حتى تتوب . وتنقضى عدتها

١٣٣ توبة الزانية

« لو وطىء بشبهة أو زنا ، لم يجز فى العدة نكاح أختها

١٣٤ يجوز فى مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها

« لو وطئت امرأة بشبهة حرم نكاحها فى العدة الخ

٢٢٧ كتاب الصداق

« يستحب أن لا يعرى النكاح عن تسميته .

٢٢٨ لا يزيد على صداق أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وبناته .

٢٢٩ لا يتقدر أقله ولا أكثره .

« ماجاز أن يكون ثمناً وأجرة : جاز صداقا .

« إن تزوجها على منافعه مدة معلومة

٢٣١ لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة

« لا يضر جهل يسير ، ولا غرر يرجى زواله .

« يصح عقده أيضاً على دين سلم

« إن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث .

٢٣٢ إن كان لا يحفظها : لم يصح .

٢٣٣ يحتمل أن يصح ، ويتعلمها ثم يعلمها

« إن تعلمتها من غيره : لزمه أجرة تعليمها .

« إن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها : فعليه نصف الأجرة

« حكم ما لو طلقها بعد الدخول

٢٣٤ إن كان بعد تعليمها : رجع عليها بنصف الأجرة

« إن أصدقها تعليم شىء من القرآن معين .

٢٣٥ هل يتوقف الحكم بقبض السورة على تلقين جميعها ؟

٢٣٥ أجرى فى الواضح الروايتين فى بقية القرب

« لا يصح إصداق الذمية شيئاً من القرآن .

« لو طلقها ووجدت حافظة لما أصدقها وتنازعا الخ

٢٣٦ إذا تزوج نساء بمهر واحد ، وخالعهن بعوض واحد

« يشترط أن يكون معلوماً كالثمن

٢٣٧ إن أصدقها عبداً مطلقاً : لم يصح

٢٣٨ إن أصدقها عبداً من عبيده

٢٣٩ يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه

٢٤٠ إن أصدقها عبداً موصوفا الخ

٢٤١ إن أصدقها طلاق امرأة له أخرى

« إن فات طلاقها بموتها : فلها مهرها فى قياس المذهب .

٢٤٢ لو جعل صداقها أن يجعل إليها طلاق ضرتها إلى سنة

« لو أصدقها عتق أمته

« إن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً الخ

« إن تزوجها على ألف إن لم تكن له زوجة الخ

٢٤٣ إذا قال العبد لسيدته : أعتقينى على أن أتزوجك .

٢٤٤ إذا فرض الصداق مؤجلا الخ

٢٤٥ إن أصدقها خمرا ، أو خنزيرا ، أو مالا مغصوبا الخ

٣٥٦ إن أبى شيئا من ذلك ، ولم يكن له عذر الخ

٣٥٧ يستحب أن يقول عند الجماع : بسم الله ، اللهم جنبنى الشيطان

« يستحب تغطية رأسه عند الوقاع وعند الخلاء .

٣٥٠ يستحب الوضوء عند معاودة الوطء

« لا يجوز الجمع بين زوجتيه فى مسكن واحد إلا برضاهما الخ

٣٦٠ ولا يحدث إحداهما بما جرى بينهما وله منعها من الخروج عن منزله

٣٦١ إن مرض بعض محارمها ، أو مات : استحب له أن يأذن لها فى الخروج إليه .

« لا يملك الزوج منع أبويها من زيارتها .

٣٦٢ لا يلزمها طاعة أبويها فى فراق زوجها

« ليس عليها عجن ولا خبز

« لا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها

« يجوز له وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقا .

٣٦٣ له أن يمنعها من إرضاع ولدها الخ

٣٦٤ على الرجل أن يساوى بين نسائه فى القسم .

٣٦٥ ليس له البداءة بإحداهن ، ولا السفر بها إلا بقرعة .

٣٦٥ يقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين ، وإن كانت كتابية .

« لو عتقت الأمة فى نوبتها ، أو فى نوبة حرة مسبوقة

٣٦٧ يقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة .

« إن دخل فى ليلتها إلى غيرها : لم يجز ، إلا لحاجة داعية .

٣٦٨ يجوز له أن يقضى ليلة صيف عن ليلة شتاء

« متى سافر بقرعة : لم يقض

٣٦٩ إن كان بغير قرعة : لزمه القضاء للأخرى .

٣٧٠ إن امتنعت من السفر معه ، أو من المبيت عنده ، أو سافرت بغير إذنه : سقط حقها من القسم

« إن سافرت لحاجتها بإذنه .

٣٧١ للمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه وله الخ

« لا تصح هبة ذلك بمال

٣٧٢ لا يجوز له نقل ليلة الواهبة لتلى ليلة الموهوبة .

« متى رجعت فى الهبة عاد حقها

« يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما لزوجها ليمسكها

٣٧٣ لو قسم لاثنتين من ثلاث .

« لو بات ليلة عند إحدى امرأتيه الخ

٣٩٨ لايستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها .
« إن خالعها بمحرم : فهو كالخلع بغير عوض .
٣٩٩ لو جهل التحريم .
« إذا تخالع كافران بمحرم يعلمانه ، ثم أسلما .
« إن خالعها على عبد ، فبان حراً ، أو مستحقا .
٤٠٠ إن بان معيباً : فله أرشه أو قيمته ورده .
« إن خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار : صح
٤٠١ موت المرضعة ، وجفاف لبنها فى أثناء المدة .
٤٠١ لو أراد الزوج أن يقيم بدل الرضيع من ترضعه أو تكفله ، فأبت
« إن خالع الحامل على نفقة عدتها
٤٠٢ لو خالع حاملا ، فأبرأته من نفقة حملها : فلا نفقة لها .
« يعتبر فى ذلك كله الصيغة .
٤٠٣ يصح الخلع بالمجهول .
« إن خالعها على مافى يدها من الدراهم ، أو مافى بيتها من المتاع .
٤٠٤ إن خالعها على حمل أمتها ، أو ماتحمل شجرتها
٤٠٥ إن خالعها على عبد : فله أقل ما يسمى عبداً

٤٠٦ لو أعطته عبداً مدبراً ، أو معلقاً عتقه بصفة
« لو بان مغصوبا أو حراً
٤٠٧ إن قال : إن أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق
« إن خرج مغصوباً : لم يقع الطلاق
٤٠٨ إن قال «إن أعطيتنى ثوباً هرويا فأنت طالق »
« إن خالعته على مروى
٤١٠ إن أعطيتنى ، أو إذا أعطيتنى ، أو متى أعطيتنى ألفاً فأنت طالق
٤١١ إن قالت « اخلعنى بألف ، أو على ألف » أو « طلقنى بألف ، أو على ألف »
٤١١ يشترط فى ذلك أن يجيبها على الفور
« لها أن ترجع قبل أن يجيبها
٤١٢ لا يصح تعليقه بقوله : إن بذلت لى كذا فقد خلعتك
٤١٣ لو قالت « طلقنى بألف إلى شهر» فطلقها قبله الخ
« لو قالت « طلقنى بألف » فقال « حلعتك »
٤١٤ إن قالت « طلقنى واحدة بألف» فطلقها ثلاثاً
٤١٥ إن قالت « طلقنى ثلاثاً بألف » فطلقها واحدة

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء الثامن

الطبعة الأولى

على نسخة عتيقة ، مكتوبة في حياة المؤلف ، ومقروءة على المؤلف

حق الطبع محفوظ

٢٥ رمضان ١٣٧٦ هـ — ٢٥ أبريل ١٩٥٧ م

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء الثامن

الطبعة الأولى

على نسخة محققة ، مكتوبة في حياة المؤلف ، ومقروءة على المؤلف

حق الطبع محفوظ

٢٥ رمضان ١٣٧٦ هـ — ٢٥ ابريل ١٩٥٧ م

مطبعة السنة المحمدية
١٧ شارع شريف باشا الكبير ــ القاهرة
ت ٧٩٠١٧

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

فائدتان

إحداهما : « النكاح » له معنيان . معنى فى اللغة ، ومعنى فى الشرع .

فمعناه فى اللغة : الوطء . قاله الأزهرى . وقيل للتزويج : نكاح ، لأنه سبب الوطء .

قال أبو عمرو ــ غلام ثعلب ــ : الذى حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين ، والمبرد عن البصريين : أن « النكاح » فى أصل اللغة : هو اسم للجمع بين الشيئين قال الشاعر :

أيها المنكح الثريا سهيلا   عَمْرَكَ اللهُ ، كيف يجتمعان ؟

وقال الجوهرى : النكاح الوطء . وقد يكون العقد . و« نكحتها » و« نكحت هى » أى تزوجت .

وعن الزجاج : النكاح فى كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعاً . وموضع « نكح » فى كلامهم لزوم الشىء الشىء راكباً عليه .

قال ابن جنى : سألت أبا على الفارسى عن قولهم « نكحها ؟ » .

فقال : فرقت العربُ فرقاً لطيفاً ، يعرف به موضع العقد من الوطء . فإذا قالوا « نكح فلانة » أو « بنت فلان » أرادوا تزويجها ، والعقد عليها .

وإذا قالوا « نكح امرأته » لم يريدوا إلا المجامعة . لأن بذكر امرأته وزوجته تستغنى عن العقد .

قال الزركشى : فظاهره الاشتراك ، كالذى قبله ، وأن القرينة تعين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : معناه فى اللغة : الجمع والضم على أتم الوجوه

فإن كان اجتماعاً بالأبدان : فهو الإيلاج الذى ليس بعده غاية فى اجتماع البدنين .
وإن كان اجتماعا بالعقود : فهو الجمع بينهما على الدوام واللزوم . ولهذا يقال : استنكحه المذى ، إذا لازمه وداومه . انتهى .

ومعناه فى الشرع : عقد التزويج . فهو حقيقة فى العقد ، مجاز فى الوطء . على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وابن البنا .

والقاضى فى التعليق – فى كون المحرم لاينكح ، لما قيل له ، إن النكاح حقيقة فى الوطء – قال : إن كان فى اللغة حقيقة فى الوطء ، فهو فى عرف الشرع للعقد .

قاله الزركشى . وجزم به الحلوانى ، وأبو يعلى الصغير . قاله فى الفروع .

قال الحلوانى : هو فى الشريعة عبارة عن العقد بأوصافه ، وفى اللغة : عبارة عن الجمع . وهو الوطء .

قال ابن عقيل : الصحيح أنه موضوع للجمع . وهو فى الشريعة فى العقد أظهر استكمالا . ولا نقول : إنه منقول . نقله ابن خطيب السلامية فى تعليقه على المحرر . وقدمه ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الرعاية الكبرى ، والفروع .

وذلك لأنه أشهر فى الكتاب والسنة .

وليس فى الكتاب لفظ « النكاح » بمعنى الوطء ، إلا قوله تعالى (٢ : ٢٣٠ حتى تنكح زوجاً غيره) على المشهور .

ولصحة نفيه عن الوطء ، فيقال : هذا سفاح ، وليس بنكاح . وصحة النفى : دليل المجاز .

وقيل : هو حقيقة فى الوطء ، مجاز فى العقد .

اختاره القاضى فى أحكام القرآن ، وشرح الخرقى ، والعمدة . وأبو الخطاب فى الانتصار ، وصاحب عيون المسائل ، وأبو يعلى الصغير .

قاله الزركشى ، وابن خطيب السلامية . لما تقدم عن الأزهرى ، وغلام ثعلب . والأصل عدم النقل .

قال أبو الخطاب : وتحريم من عقد عليها الأب استفدناه من الإجماع والسنة . وهو بالإجماع القطعى فى الجملة .

وقيل : هو مشترك ، يعنى : أنه حقيقة فى كل واحد منهما بانفراده . وعليه الأكثر .

قال فى الفروع : والأشهر أنه مشترك .

قال القاضى فى المحرر : قاله الزركشى ، والجامع الكبير .

قال ابن خطيب السلامية : الأشبه بأصولنا ومذهبنا : أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعاً فى الشريعة . لقولنا بتحريم موطأة الأب من غير تزويج ، لدخولها فى قوله تعالى (٤ : ٢٣ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وذلك لورودها فى الكتاب العزيز . والأصل فى الإطلاق : الحقيقة .

قال ابن خطيب السلامية ، قال أبو الحسين : النكاح عند الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ حقيقة فى الوطء والعقد جميعا . وقاله أبو حكيم .

وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وقيل : هو حقيقة فيهما معاً . فلا يقال : هو حقيقة على أحدهما بانفراده . بل على مجموعهما . فهو من الألفاظ المتواطئة .

قال ابن رزين : والأشبه أنه حقيقة فى كل واحد باعتبار مطلق الضم . لأن التواطؤ خير من الاشتراك والمجاز . لأنهما على خلاف الأصل . انتهى .

وقال ابن هبيرة : وقال مالك وأحمد رحمهما الله : هو حقيقة فى العقد والوطء جميعاً . وليس أحدهما أخص منه بالآخر . انتهى .

مع أن هذا اللفظ محتمل أن يريد به الاشتراك .

وقال فى الوسيلة : كما قال ابن هبيرة ، وذكر : أنه عند الإمام أحمد رحمه الله كذلك . انتهى .

والفرق بين الاشتراك والتواطؤ : أن الاشتراك يقال على كل واحد منهما

بانفراده حقيقة ، بخلاف المتواطىء . فإنه لا يقال حقيقة إلا عليهما مجتمعين لا غير . والله أعلم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هو فى الإثبات لهما ، وفى النهى لكل منهما . بناء على أنه إذا نهى عن شىء نهى عن بعضه . والأمر به أمر بكله ، فى الكتاب والسنة والكلام . فإذا قيل — مثلا — « انكح ابنة عمك » كان المراد العقد والوطء .

و إذا قيل « لا تنكحها » تناول كل واحد منهما .

الثانية : قال القاضى : المعقود عليه فى النكاح : المنفعة ، أى الانتفاع بها ، لا ملكها . وجزم به فى الفروع .

قال القاضى أبو الحسين فى فروعه : والذى يقتضيه مذهبنا : أن المعقود عليه فى النكاح منفعة الاستمتاع ، وأنه فى حكم منفعة الاستخدام .

قال صاحب الوسيلة : المعقود عليه منفعة الاستمتاع .

وقال القاضى فى أحكام القرآن : المعقود عليه الحل ، لا ملك المنفعة .

قال فى القاعدة السادسة والثمانين : ترددت عبارات الأصحاب فى مورد عقد النكاح : هل هو الملك ، أو الاستباحة ؟ فمن قائل : هو الملك .

ثم ترددوا : هل هو ملك منفعة البضع ، أو ملك الانتفاع بها ؟

وقيل : بل هو الحل لا الملك . ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة ، مع أنه لا ملك لها .

وقيل : بل المعقود عليه : الازدواج ، كالمشاركة . ولهذا فرق الله سبحانه وتعالى بين الازدواج وملك اليمين .

و إليه ميل الشيخ تقى الدين رحمه الله .

فيكون من باب المشاركات ، لا المعاوضات .

قوله ﴿ النِّكَاحُ سُنَّةٌ ﴾ .

اعلم أن للأصحاب فى ضبط أقسام النكاح طرقا .

أشهرها وأصحها : أن الناس فى النكاح على ثلاثة أقسام .

القسم الأول : من له شهوة ، ولا يخاف الزنا . فهذا النكاحُ فى حقه مستحب على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايتين .

قال الشارح وغيره : هذا المشهور فى المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنه واجب على الإطلاق .

اختاره أبو بكر ، وأبو حفص البرمكى ، وابن أبى موسى .

وقدمه ناظم المفردات . وهو منها .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وحمل القاضى الرواية الثانية على من يخشى على نفسه مواقعة المحظور بترك النكاح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لا فرق فى ذلك بين الغنى والفقير .

وهو صحيح . وهو المذهب . نص عليه .

نقل صالح : يقترض ويتزوج .

وجزم به ابن رزين فى شرحه . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

قال الآمدى : يستحب فى حق الغنى والفقير ، والعاجز والواجد ، والراغب والزاهد . فإن الإمام أحمد رحمه الله تزوج وهو لايجد القوت .

وقيل : لايتزوج فقير إلا عند الضرورة .

وقيده ابن رزين فى مختصره بموسر . وجزم به فى النظم .

قلت : وهو الصواب فى هذه الأزمنة . واختاره صاحب المبهج .

ويأتى كلامه فى تعداد الطرق .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فيه نزاع فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره .

القسم الثانى : من ليس له شهوة : كالعنين ، ومن ذهبت شهوته ، لمرض أو كبر ، أو غيره .

فعموم كلام المصنف هنا : أنه سنة فى حقه أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وهو إحدى الروايتين ، والوجهين .

واختاره القاضى فى المجرد ، فى باب الطلاق والخصال ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى البلغة ، وغيره .

والقول الثانى : هو فى حقهم مباح . وهو الصحيح من المذهب .

اختاره القاضى فى المجرد فى باب النكاح . وابن عقيل فى التذكرة ، وابن البنا ، وابن بطة .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، وتجريد العناية . وجزم به فى المنور .

قال فى منتخبه : يسن للتائق . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والنظم ، والمستوعب ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يكره . وما هو ببعيد فى هذه الأزمنة .

وحكى عنه : يجب . وهو وجه فى الترغيب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كلام صاحب المحرر يدل على أن رواية وجوب النكاح منتفية فى حق من لا شهوة له .

وكذلك قال القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرون .

ومن الأصحاب من طرد فيه رواية الوجوب أيضاً .

نقله صاحب الترغيب . وهو مقتضى إطلاق الأكثرين .

ويأتى التنبيه على ذلك فى تعداد الطرق .

القسم الثالث : من خاف العنت .

فالنكاح فى حق هذا : واجب . قولاً واحداً ، إلا أن ابن عقيل ذكر رواية : أنه غير واجب .

ويأتى كلامه فى تعداد الطرق .

قال الزركشى : ولعله أراد بخوف العنت : خوف المرض والمشقة ، لا خوف الزنا . فإن العنت يفسر بكل واحد من هذه .

تنبيهات

أحدها : « العنت » هنا : هو الزنا . على الصحيح .

وقيل : هو الهلاك بالزنا . ذكره فى المستوعب .

الثانى : مراده بقوله « إلا أن يخاف على نفسه مواقعة المحظور » إذا علم وقوع ذلك أو ظنه . قاله الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه إذا علم وقوعه فقط .

الثالث : هذه الأقسام الثلاثة : هى أصح الطرق . وهى طريقة المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الزركشى : هى الطريقة المشهورة .

وقال ابن شيخ السلامية فى نكته على المحرر : ذكر غير واحد من أصحابنا فى وجوب النكاح : روايتين . واختلفوا فى محل الوجوب .

فمنهم : من أطلقه ولم يقيده بحال . وهذه طريقة أبى بكر ، وأبى حفص ، وابن الزاغونى .

قال فى مفرداته : النكاح واجب فى إحدى الروايتين .

وكذلك أطلقه القاضى أبو يعلى الصغير فى مفرداته ، وأبو الحسين ، وصاحب الوسيلة .

وقد وقع ذلك فى كلام الإمام أحمد رحمه الله لما سئل عن التزويج ؟ فقال : أراه واجباً .

وأشار إلى هذا أبو البركات ، حيث قال : وعنه الوجوب مطلقا .

قلت : وهوظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قلت : وهو ضعيف جداً فيمن لا شهوة له .

قال : ومنهم من خص الوجوب بمن يجد الطول ، ويخاف العنت .

قال فى المستوعب : فهذا يجب عليه النكاح رواية واحدة .

وكذا قال فى الترغيب ، وابن الجوزى ، وأبو البركات .

وعليها حمل القاضى إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وأبى بكر .

قلت : وقيده ابن عقيل بذلك أيضاً . وأن الشيخ تقى الدين رحمه الله قال : وظاهر كلام أحمد والأكثرين : أن ذلك غير معتبر .

واختار ابن حامد : عدم الوجوب حتى فى هذه الحالة .

قلت : الذى يظهر أن هذا خطأ من الناقل عنه .

ومن أصحابنا : من أجرى الخلاف فيه .

فحكى ابن عقيل فى التذكرة ـ فى وجوب النكاح على من يخاف العنت ويجد الطول ـ روايتين .

ومنهم : من جعل محل الوجوب فى الصورة الأولى ، وهذه الصورة .

ومنهم : من جعل الخلاف فى الصورة الثانية ، وهو من يجد الطول ، ولايخاف العنت وله شهوة .

فهنا جعل محل الخلاف غير واحد . وحكوا فيه روايتين . وهذه طريقة القاضى ، وأبى البركات .

وقطع الشيخ موفق الدين رحمه الله : بعدم الوجوب من غير خلاف . وكذلك القاضى فى الجامع الكبير ، وابن عقيل فى التذكرة .

واختاره ابن حامد ، والشريف أبو جعفر .

قالوا : ويدل على رجحانها فى المذهب : أن الإمام أحمد رحمه الله لم يتزوج حتى صار له أربعون سنة ، مع أنه كان له شهوة .

ومنهم : من جعل محل الوجوب فى الصورتين المتقدمتين وفى صورة ثالثة ، وهو من يجد الطول ولا شهوة له . حكاه فى الترغيب .

قال أبو العباس : وكلام القاضى وتعليله يقتضى أن الخلاف فى الوجوب ثابت ، وإن لم يكن له شهوة .

ومنهم : من جعل محل الوجوب : القدرة على النفقة والصداق .

قال فى المبهج : النكاح مستحب . وهل هو واجب أم لا ؟ ينظر فيه . فإن كان فقيراً لا يقدر على الصداق ، ولا على ما يقوم بأودا الزوجة : لم يجب ، رواية واحدة .

وإن كان قادراً مستطيعاً : ففيه روايتان ، لا يجب . وهى المنصورة . والوجوب قال ، قلت : ونازعه فى ذلك كثير من الأصحاب .

ومنهم : من أضاف قيداً آخر ، فجعل الوجوب مختصاً بالقدرة على نكاح الحرة

قال أبو العباس : إذا خشى العنت جاز له التزوج بالأمة ، مع أن تركه أفضل ، أو مع الكراهة وهو يخاف العنت . فيكون الوجوب مشروطاً بالقدرة على نكاح الحرة .

قلت : قدم فى الفروع : أنه لا يجب عليه نكاح الحرة .

قال القاضى ، وابن الجوزى ، والمصنف ، وغيرهم : يباح ذلك . والصبر عنه أولى .

وقال فى الفصول : فى وجوبه خلاف .

واختار أبو يعلى الصغير الوجوب .

قلت : الصواب أنه يجب إذا لم يجد حرة .

ومنهم : من جعل الوجوب من باب وجوب الكفاية لا العين .

قال أبو العباس : ذكر أبو يعلى الصغير ـ فى ضمن مسألة التخلى لنوافل العبادة ـ إنا إذا لم نوجبه على كل واحد فهو فرض على الكفاية .

قلت : وذكر أبو الفتح ابن المنى أيضاً : أن النكاح فرض كفاية . فكان الاشتغال به أولى . كالجهاد .

قال : وكان القياس يقتضى وجوبه على الأعيان . تركناه للحرج والمشقة . انتهى .

وانتهى كلام ابن خطيب السلامية ، مع مازدنا عليه فيه .

فوائد

الأولى : حيث قلنا بالوجوب ، فإن المرأة كالرجل فى ذلك . أشار إليه أبو الحسين ، وأبو حكيم النهروانى ، وصاحب الوسيلة . قاله ابن خطيب السلامية .

الثانية : على القول بالوجوب : لا يكتفى بمرة واحدة فى العمر . على الصحيح من المذهب .

قال ابن خطيب السلامية فى النكت : جمهور الأصحاب أنه لا يكتفى بمرة واحدة . بل يكون النكاح فى مجموع العمر . لقول الإمام أحمد رحمه الله : ليست العزوبة فى شىء من أمر الإسلام .

وقدم فى الفروع : أنه لايكتفى بمرة واحدة .

وقال أبو الحسين ، فى فروعه : إذا قلنا بالوجوب ، فهل يسقط الأمر به فى حق الرجل والمرأة بمرة واحدة ، أم لا ؟

ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يسقط . لقول الإمام أحمد فى رواية المروذى : ليست العزوبة من الإسلام . وهذا الاسم لا يزول بمرة . وكذا قاله صاحب الوسيلة ، وأبو حكيم النهروانى .

وفى المذهب لابن الجوزى ، وغيره : يكتفى بالمرة الواحدة لرجل وامرأة .

وجزم به فى عيون المسائل ، وقال : هذا على رواية وجوبه .

ونقل ابن الحكم : أن الإمام أحمد رحمه الله قال : المتبتل هو الذى لم يتزوج قط

قلت : وينبغى أن يتمشى هذا الخلاف على القول بالاستحباب أيضاً .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع ، بخلاف صاحب النكت .

الثالثة : وعلى القول بوجوبه : إذا زاحمه الحج الواجب .

فقد تقدم لو خاف العنت من وجب عليه الحج ، فى كتاب الحج .

وذكرنا هناك الحكم والتفصيل . فليراجع .

الرابعة : فى الاكتفاء بالعقد استغناء بالباعث الطبعى عن الشرعى وجهان .

ذكرهما فى الواضح . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل فى المفردات : قياس المذهب عندى : يقتضى إيجابه شرعاً ،

كما يجب على المضطر تملك الطعام والشراب ، وتناولهما .

قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : وحيث قلنا بالوجوب ،

فالواجب هو العقد . وأما نفس الاستمتاع ، فقال القاضى : لا يجب . بل يكتفى

فيه بداعية الوطء ، وحيث أوجبنا الوطء . فإنما هو لإيفاء حق الزوجة لا غير . انتهى.

الخامسة : ماقاله أبو الحسين : هل يكتفى عنه بالتسرى ؟ فيه وجهان .

وتابعه فى الفروع . وأطلقهما فى الفائق . والزركشى .

قال ابن أبى المجد فى مصنفه : ويجزىء عنه التسرى فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية : والذى يظهر الاكتفاء .

قال ابن نصر الله فى حواشى الزركشى : أصحهما لا يندفع . فليتزوج . فأمر بالتزوج .

قال ابن خطيب السلامية : فيه احتمالان . ذكرهما ابن عقيل فى المفردات ،

وابن الزاغونى .

ثم قال : ويشهد لسقوط النكاح قوله تعالى (٤ : ٣ فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة ، أو ماملكت أيمانكم) انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وقال بعض الأصحاب : الأظهر أن الوجوب يسقط به مع خوف العنت . وإن لم يسقط مع غيره .

السادسة : على القول باستحبابه : هل يجب بأمر الأبوين ، أو بأمر أحدهما به ؟

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية صالح ، وأبى داود : إن كان له أبوان يأمرانه بالتزويج : أمرته أن يتزوج ، أو كان شاباً يخاف على نفسه العنت : أمرته أن يتزوج .

فجعل أمر الأبوين له بذلك بمنزلة خوفه على نفسه العنت .

قال الإمام أحمد رحمه الله : والذى يحلف بالطلاق لا يتزوج أبداً ، إن أمره أبوه تزوج .

السابعة : وعلى القول أيضاً بعدم وجوبه : هل يجب بالنذر ؟

صرح أبو يعلى الصغير فى مفرداته : أنه يلزمه بالنذر .

قلت : وهو داخل فى عمومات كلامهم فى نذر التبرر .

الثامنة : يجوز له النكاح بدار الحرب للضرورة . على الصحيح من المذهب

ونقل ابن هانىء : لا يتزوج ، وإن خاف .

وإن لم تكن به ضرورة للنكاح ، فليس له ذلك . على الصحيح .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : ليس له النكاح . سواء كان به ضرورة ، أو لا ؟

قال الزركشى : فعلى تعليل الإمام أحمد رحمه الله : لا يتزوج ولا مسلمة . ونص عليه فى رواية حنبل . ولا يطأ زوجته إن كانت معه . ونص عليه فى رواية الأثرم وغيره .

وعلى مقتضى تعليله : له أن يتزوج آيسة ، أو صغيرة . فإنه علل ، وقال : من أجل الولد ، لئلا يستعبد .

وقال فى المغنى فى آخر الجهاد : وأما الأسير ، فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لايحل له التزوج مادام أسيراً .

وأما الذى يدخل إليهم بأمان ــ كالتاجر ونحوه ــ : فلا ينبغى له التزوج .

فإن غلبت عليه الشهوة : أبيح له نكاح المسلمة ، وليعزل عنها ولايتزج منهم . انتهى .

وقيل : يباح له النكاح مع عدم الضرورة .

وأطلقهما فى الفروع ، فقال : وله النكاح بدار حرب ضرورة ، و بدونها وجهان . وكرهه الإمام أحمد رحمه الله . وقال : لايتزوج ولا يتسرى إلا أن يخاف عليه .

وقال أيضاً : ولا يطلب الولد .

ويأتى : هل يباح نكاح الحربيات أم لا ؟ فى باب المحرمات فى النكاح .

تنبيه : حيث حرم نكاحه بلا ضرورة ، وفَعلَ : وجب عزله ، و إلا استحب عزله . ذكره فى الفصول .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَالاشْتِغَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّى لِنَوَافِلِ العِبَادَةِ ﴾ .

يعنى : حيث قلنا يستحب ، وكان له شهوة . وهذا المذهب مطلقاً. نص عليه وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال أبو يعلى الصغير : لايكون أفضل من التخلى إلا إذا قصد به المصالح المعلومة . أما إذا لم يقصدها : فلايكون أفضل .

وعنه : التخلى لنوافل العبادة أفضل ، كما لو كان معدوم الشهوة . حكاها

أبو الحسين فى التمام ، وابن الزاغونى . واختارها ابن عقيل فى المفردات . وهى احتمال فى الهداية ، ومن تابعه .

وذكر أبو الفتح بن المنى : أن النكاح فرض كفاية . فكان الاشتغال به أولى ، كالجهاد . كما تقدم .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ تَخَيُّرُ ذَاتِ الدِّينِ الوَلُودِ البِكْرِ الْحَسِيبَةِ الأَجْنَبِيَّةِ ﴾ بلا نزاع .

ويستحب أيضاً : أن لا يزيد على واحدة ، إن حصل بها الإعفاف . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، وإدراك الغاية ، والفائق : والأولى أن لا يزيد على نكاح واحدة .

قال الناظم : وواحدة أقرب إلى العدل .

قال فى تجريد العناية : هذا الأشهر .

قال ابن خطيب السلامية : جمهور الأصحاب استحبوا أن لا يزيد على واحدة

قال ابن الجوزى : إلا أن لا تعفه واحدة . انتهى .

وقيل : المستحب اثنتان . كما لو لم تعفه . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . فإنه قال : يقترض ويتزوج . ليته إذا تزوج اثنتين يفلت .

وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مفرداته .

قال ابن رزين فى النهاية : يستحب أن يزيد على واحدة . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ : النَّظَرُ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى أنه يباح .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة، والكافى ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وتجريد العناية .

وقيل : يستحب له النظر .

جزم به أبو الفتح الحلوانى ، وابن عقيل ، وصاحب الترغيب ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب .

قال الزركشى : وجعله ابن عقيل وابن الجوزى مستحباً . وهو ظاهر الحديث (١)

فزاد : ابنَ الجوزى .

قال ابن رزين فى شرحه : يسن إجماعاً . كذا قال .

وأطلق الوجهين ابن خطيب السلامية .

وقال ، قلت : ويتعين تقييد ذلك بمن إذا خطبها غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها .

وقاله ابن رجب فى تعليقه على المحرر . ذكره عنه فى القواعد الأصولية .

قلت : وهو كما قال . وهو مراد الإمام والأصحاب قطعاً .

قوله ﴿ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا ﴾ .

يعنى فقط من غير خلوة بها . هذا إحدى الروايات عن الإمام أحمد رحمه الله جزم به فى البلغة ، والوجيز ، ونظم المفردات .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين ، وتجريد العناية .

قال الزركشى : صححها القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

---

(١) روى أحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه عن المغيرة بن شعبة « أنه خطب امرأة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انظر إليها . فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : له النظر إلى مايظهر غالباً ، كالرقبة ، واليدين ، والقدمين . وهو المذهب

قال فى تجريد العناية : هذا الأصح . ونصره الناظم .

و إليه ميل المصنف ، والشارح .

وحمل كلام الخرقى وأبى بكر الآتى على ذلك . وجزم به فى العمدة .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى الكافى .

وقيل : له النظر إلى الرقبة ، والقدم ، والرأس ، والساق .

وعنه : له النظر إلى الوجه والكفين فقط . حكاها ابن عقيل . وحكاه بعضهم قولاً ، بناء على أن اليدين ليستا من العورة .

قال الزركشى : وهى اختيار من زعم ذلك .

قال القاضى فى التعليق : المذهب المعول عليه إلى المنع من النظر : ما هو عورة ونحوه .

قال الشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ : وجوز أبو بكر النظر إليها فى حال كونها حاسرة .

وحكى ابن عقيل رواية : بأن له النظر إلى ماعدا العورة المغلظة . ذكرها فى المفردات .

والعورة المغلظة : هى الفرجان . وهذا مشهور عن داود الظاهرى .

تنبيه : حيث أبحنا له النظر إلى شىء من بدنها ، فله تكرار النظر إليه ، وتأمل المحاسن . كل ذلك إذا أمن الشهوة . قيده بذلك الأصحاب .

تنبيه آخر : مقتضى قوله « ويجوز لمن أراد خطبة امرأة » أن محل النظر قبل الخطبة . وهو صحيح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وينبغى أن يكون النظر بعد العزم على نكاحها وقبل الخطبة .

فائدتان

إحداهما : قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا خطب رجل امرأة سأل عن جمالها أولاً . فإن حُمِد : سأل عن دينها . فإن حُمِد : تزوج ، وإن لم يحمد : يكون رده لأجل الدين . ولا يسأل أولاً عن الدين ، فإن حمد سأل عن الجمال . فإن لم يحمد ردها . فيكون رده للجمال لا للدين .

الثانية : قال ابن الجوزى : ومن ابتلى بالهوى ، فأراد التزوج : فليجتهد فى نكاح التى ابتلى بها ، إن صح ذلك وجاز ، وإلا فليتخير مايظنه مثلها .

قوله ﴿ وَلَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ ، وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الأَمَةِ المسْتَامَةِ ﴾ .

يعنى : له النظر إلى مايظهر غالباً ، وإلى الرأس والساقين منها . وهو المذهب جزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والمستوعب .

وعنه : ينظر سوى عورة الصلاة . جزم به فى الكافى ، فقال : ويجوز لمن أراد شراء جارية النظر منها إلى ماعدا عورتها .

وقيل : ينظر غير مابين السرة والركبة .

قال الناظم : هذا المقدم .

وقيل : حكمها فى النظر كالمخطوبة .

ونقل حنبل : لا بأس أن يقلبها إذا أراد شراءها من فوق ثيابها . لأنها لاحرمة لها .

قال القاضى : أجاز تقليب الظهر والصدر . بمعنى لمسه من فوق الثياب .

قوله ﴿ وَمِنْ ذَوَاتِ محَارِمِهِ ﴾ .

يعنى : يجوز له النظر من ذوات محارمه إلى مالايظهر غالباً ، و إلى الرأس والساقين . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

واعلم أن حكم ذوات محارمه حكم الأمة المستامة فى النظر ، خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأكثر .

وعنه : لاينظر من ذوات محارمه إلى غير الوجه . ذكرها فى الرعاية وغيرها .

وعنه : لاينظر منهن إلا إلى الوجه والكفين .

فائدتان

إحداهما : حكم المرأة فى النظر إلى محارمها : حكمهم فى النظر إليها . قاله فى الفروع ، وغيره .

الثانية : ذوات محارمه من يحرم نكاحها عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح . فلا ينظر إلى أم المزنى بها ، ولا إلى ابنتها ، ولا إلى بنت الموطوأة بشبهة . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَلِلعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلَاتِهِ ﴾ .

يعنى : إلى الوجه والكفين . وهذا أحد القولين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وصححه فى النظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والصحيح من المذهب : أن للعبد النظر من مولاته إلى ماينظر إليه الرجل من ذوات محارمه ، على ماتقدم خلافاً ومذهباً . قدمه فى الفروع . وجزم به فى الكافى

وعنه : المنع من النظر للعبد مطلقاً . نقله ابن هانىء . وهو قول فى الرعاية الكبرى .

قال الشارح : وهو قول بعض أصحابنا . وما هو ببعيد .

فائدة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لاينظر عبد مشترك ، ولا ينظر الرجل أمة مشتركة . لعموم منع النظر ، إلا من عبدها وأمته . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : للعبد المشترك بين النساء النظر إلى جميعهن . لوجود الحاجة بالنسبة إلى الجميع .

وجزم به فى تجريد العناية ، فقال : ولعبد ــ ولو مبعضاً ــ نظر وجه سيدته وكفيها .

وذكر المصنف فى فتاويه : أنه يجوز لهن جميعهن النظر إليه . لحاجتهن إلى ذلك . بخلاف الأمة المشتركة بين رجال ليس لأحد منهم النظر إلى عورتها .

قوله ﴿ وَلِغَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ـ كَالْكَبِيرِ وَالعِنِّينِ وَنَحْوِهِمَا ـ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ﴾ .

يعنى : إلى الوجه والكفين . وهذا أحد الوجهين . صححه فى النظم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقيل : حكمهم حكم العبد مع سيدته فى النظر . وهو المذهب . قدمه فى الفروع

قال فى الكافى ، والمغنى : حكمهم حكم ذى المحارم فى النظر . وقطع به .

وقيل : لايباح لهم النظر مطلقاً .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : أن الخصى والمجبوب لايجوز لهما النظر إلى الأجنبية . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال الأثرم : استعظم الإمام أحمد رحمه الله إدخال الخصيان على النساء .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قال ابن عقيل : لاتباح خلوة النساء بالخصيان ولا بالمجبوبين . لأن العضو ـ وإن تعطل ، أو عدم ـ فشهوة الرجال لاتزول من قلوبهم . ولا يؤمن التمتع بالقبل وغيرها . وكذلك لايباح خلوة الفحل بالرتقاء من النساء لهذه العلة . انتهى .

وقيل : هما كذى محرم . وهو احتمال فى الهداية .

قال فى الفروع : ونصه لا .

وقال فى الانتصار : الخصى يكسر النشاط . ولهذا يؤمن على الحرم

قوله ﴿ وَلِلشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا وَمَنْ تُعَامِلُهُ ﴾ .

هـذا أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم .

والمنصوص عن الإمام أحمـد رحمه الله : أنه ينظر إلى وجهها وكفيها إذا كانت تعامله .

وذكر ابن رزين : أن الشاهد والمبتاع ينظران إلى ما يظهر غالباً .

فائدة : ألحق فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : المستأجر بالشاهد والمبتاع .

زاد فى الرعاية الكبرى : والمؤجر والبائع .

ونقل حرب ومحمد بن أبى حرب ـ فى البائع ـ ينظر كفها ووجهها؟ إن كانت عجوزاً رجوت ، وإن كانت شابة تُشْتَهى : أكره ذلك .

تنبيه : إباحة نظر هؤلاء مقيد بحاجتهما .

فائدة : من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة فى وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم الطبيب فى النظر والمس . نص عليه .

وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته . نص عليه . وقاله أبو الوفاء ، وأبو يعلى الصغير .

قوله ﴿ وَلِلصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ ، غَيْرِ ذِي الشَّهْوَةِ : النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : هو كالمحرم . وأطلق فى الكافى فى المميز روايتين .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ فَهُوَ كَذِي الْمَحْرَمِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : أنه كالأجنبى . وأطلقهما فى الكافى ، والفائق ، والقواعد الأصولية .

وقيل : كالطفل . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قلت : وهو ضعيف جداً .

وقال فى الرعاية الصغرى : فهو كذى محرم .

وعنه : كأجنبى بالغ .

فائدتان

إحداهما : حكم بنت تسع حكم المميز ذى الشهوة . على الصحيح من المذهب .

وذكر أبو بكر قول الإمام أحمد فى رواية عبد الله : رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم « إذا بلغت المحيض فلا تكشف إلا وجهها ويديها » .

ونقل جعفر ــ فى الرجل عنده الأرملة واليتيمة ــ : لاينظر ، وأنه لا بأس بنظر الوجه بلا شهوة .

الثانية : لا يحرم النظر إلى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ، ولا لمسها . نص عليه .

ونقل الأثرم ـ فى الرجل يضع الصغيرة فى حجره ويقبلها ـ إن لم يجد شهوة . فلا بأس .

ولا يجب سترهما مع أمن الشهوة . جزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى الفائق : ولا بأس بالنظر إلى طفلة غير صالحة للنكاح بغير شهوة .

وهل هو محدود بدون السبع ، أو بدون ما تشتهى غالباً ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ : النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ ﴾ .

يجوز للمرأة المسلمة النظر من المرأة المسلمة إلى ما عدا ما بين السرة والركبة .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف هنا ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب : أنها لا تنظر منها إلا إلى غير العورة .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، والمنور .

ولعل من قطع أولاً : أراد هذا .

لكن صاحب الرعاية غاير بين القولين . وهو الظاهر .

[ومرادهم بعورة المرأة هنا كعورة الرجل على الخلاف صرح به الزركشى فى شرح الوجيز] (1)

وأما الكافرة مع المسلمة ، فالصحيح من المذهب : أن حكمها حكم المسلمة مع المسلمة . جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى والشرح ، ونصراه . وصححه فى الكافى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا تنظر الكافرة من المسلمة مالا يظهر غالباً .

---

(١) زيادة من نسخة طلعت .

وعنه : هى معها كالأجنبى . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وقالوا : نص عليه .

وقطع به الحلوانى فى التبصرة .

واستثنى القاضى أبو يعلى ـ على هذه الرواية ـ الكافرة المملوكة لمسلمة . فإنه يجوز أن تظهر على مولاتها كالمسلمة . وأطلقهما فى المذهب .

فائدة : يجوز أن تكون الكافرة قابلة للمسلمة للضرورة ، وإلا فلا . نص عليه .

وأما الرجل مع الرجل ـ ولو كان أمرد ـ فالمذهب : أنه لا ينظر منه إلا مابين السرة والركبة . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الفروع ، وغيره .

وقدمه فى الرعاية الكبرى[1] . وقال ، وقيل : ينظر غير العورة .

فيحتمل أنه كالأول . لكن عند صاحب الرعاية : أنه أعم من الأول .

قوله ﴿ وَيُبَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَي غَيْرِ العَوْرَةِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والمحرر .

وقال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وعنه : يباح لها النظر منه إلى مايظهر غالباً .

وعنه : لايباح النظر إليه . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقطع به ابن البنا . واختاره أبو بكر . قاله القاضى . نقله الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح المحرر .

---

(١) فى نسخة مكتبة طلعت : وأما الرجل مع الرجل ـ ولو كان أمرد ـ فالمذهب : أنه ينظر منه إلى غير العورة . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الفروع وغيره . وقال فى الرعاية الكبرى : ينظر مابين السرة والركبة .

وقال ابن عقيل أيضاً : يحرم النظر .

ونقل القاضى أيضاً عن أبى بكر : الكراهة .

وقال الشيخ تقى الدين فى شرح المحرر : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والقاضى : كراهة نظرها إلى وجهه ، وبدنه ، وقدميه . واختار الكراهة .

وقيل : لايحرم النظر إلى مايظهر غالباً وقت مهنة وغفلة .

تنبيه : قال فى الفروع : أطلق الأصحاب إباحة النظر للمرأة إلى غير العورة من الرجل .

ونقل الأثرم : يحرم النظر على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم .

قال ابن عقيل فى الفنون : قال أبو بكر : لا تختلف الرواية أنه لايجوز لهن .

قال فى الفروع : ويؤيد الأول ، أن الإمام أحمد رحمه الله : لم يُجب بالتخصيص فى الأخبار التى فى المسألة .

وقال القاضى فى الروايتين : يجوز لهن . رواية واحدة . لأنهن فى حكم الأمهات فى الحرمة والتحريم . فجاز مفارقتهن فى هذا القدر بقية النساء .

قلت : وهذا أولى .

فوائد

منها : يجوز النظر من الأمة ، وممن لاتشتهى ـ كالعجوز ، والبَرْزة ، والقبيحة ونحوهم ـ إلى غير عورة الصلاة ، على الصحيح من المذهب .

واختار المصنف ، والشارح : جواز النظر من ذلك إلى ما لايظهر غالباً .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويباح نظر وجه كل عجوز برزة هَمَّة ، ومن لايشتهى مثلها غالباً ، وما ليس بعورة منها ولمسه ومصافحتها ، والسلام عليها ، إن أمن على نفسه . ومعناه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى .

ونقل حنبل : إن لم تختمر الأمة فلا بأس .

وقيل : الأمة والقبيحة كالحرة والجميلة .

ونقل المروذى : لاينظر إلى المملوكة . كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل ؟

ونقل ابن منصور : لاتنتقب الأمة . ونقل أيضاً : تنتقب الجميلة .

وكذا نقل أبو حامد الخفاف .

قال القاضى : لكن يمكن حمل ما أطلقه على ماقيده .

قلت : الصواب أن الجميلة تنتقب ، وأنه يحرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الحرة الأجنبية .

تنبيه : حيث قلنا : يباح ، ففى تحريم تكرار نظر وجه مستحسن : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب التحريم .

ومنها : الخنثى المشكل فى النظر إليه كالمرأة ، تغليباً لجانب الحظر . ذكره ابن عقيل .

قال فى الفروع : ويخرج وجه من ستر العورة فى الصلاة : أنه كالرجل .

وقال فى الرعاية : وإن تشبه خنثى مشكل بذكر أو أنثى ، أو مال إلى أحدهما : فله حكمه فى ذلك .

وقال ، قلت : لايزوج بحال . فإن خاف الزنا : صام أو استمنى ، وإلا فهو مع امرأة كالرجل . ومع رجل كامرأة .

ومنها : ظاهر كلام المصنف ، وأكثر الأصحاب : أنه لايجوز للرجل النظر إلى غير من تقدم ذكره . فلا يجوز له النظر إلى الأجنبية قصداً . وهو صحيح . وهو المذهب .

وجوز جماعة من الأصحاب : نظر الرجل من الحرة الأجنبية إلى ما ليس بعورة صلاة .

وجزم به فى المستوعب فى آدابه ، وذكره الشيخ تقى الدين رواية .

قال القاضي : المحرم ماعدا الوجه والكفين .

وصرح القاضي فى الجامع : أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لغير حاجة . ثم قال : النظر إلى العورة محرم ، وإلى غير العورة : مكروه .

وهكذا ذكر ابن عقيل ، وأبو الحسين .

وقال أبو الخطاب : لايجوز النظر لغير من ذكرنا ، إلا أن القاضي أطلق هذه العبارة . وحكى الكراهة فى غير العورة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هل يحرم النظر إلى وجه الأجنبية لغير حاجة ؟ رواية عن الإمام أحمد : يكره ، ولا يحرم .

وقال ابن عقيل : لا يحرم النظر إلى وجه الأجنبية إذا أمن الفتنة . انتهى .

قلت : وهذا الذى لا يسع الناس غيره ، خصوصاً للجيران والأقارب غير المحارم الذين نشأ بينهم . وهو مذهب الشافعى .

ويأتى فى آخر العدد : هل يجوز أن يخلو بمطلقته ، أو أجنبية ، أم لا ؟

قوله ﴿ وَيَجُوزُ النَّظَرُ إلي الغُلَامِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ ﴾ .

النظر إلى الأمرد لغير شهوة على قسمين .

أحدهما : أن يأمن ثوران الشهوة .

فهذا يجوز له النظر من غير كراهة . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وقاله أبو حكيم ، وغيره . ولكن تركه أولى . صرح به ابن عقيل .

قال : وأما تكرار النظر : فمكروه .

وقال أيضاً ، فى كتاب القضاء : تكرار النظر إلى الأمرد محرم ، لأنه لايمكن بغير شهوة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن كرر النظر إلى الأمرد أو داومه ، وقال : إنى لا أنظر بشهوة ، فقد كذب فى ذلك .

وقال القاضى : نظر الرجل إلى وجه الأمرد مكروه .

وقال ابن البنا : النظر إلى الغلام الأمرد الجميل مكروه . نص عليه . وكذا قال أبو الحسين .

القسم الثانى : أن يخاف من النظر ثوران الشهوة .

فقال الحلوانى : يكره . وهل يحرم ؟ على وجهين .

وحكى صاحب الترغيب ثلاثة أوجه : التحريم ، وهو مفهوم كلام صاحب المحرر . فإنه قال : يجوز لغير شهوة إذا أمن ثورانها .

واختاره الشيخ تقى الدين ، فقال : أصح الوجهين لايجوز . كما أن الراجح فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله : أن النظر إلى وجه الأجنبية من غير حاجة : لايجوز . وإن كانت الشهوة منتفية ، لكن يخاف ثورانها .

وقال المصنف فى المغنى : إذا كان الأمرد جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه : لم يجز تعمد النظر إليه .

قال فى الفروع ، ونصه : يحرم النظر خوف الشهوة .

والوجه الثانى : الكراهة ، وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع . وجزم به الناظم .

والوجه الثالث : الإباحة . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وكثير من الأصحاب

والمنقول عن الإمام أحمد رحمه الله : كراهة مجالسة الغلام الحسن الوجه .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويحرم النظر إلى الأمرد لشهوة . ويجوز بدونها مع منها .

وقيل : وخوفها .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وإن خاف ثورانها فوجهان .

فائدة : قال ابن عقيل : يحرم النظر مع شهوة تخنيث وسحاق ، وإلى دابة يشتهيها ولايعف عنه . وكذا الخلوة بها .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلام غيره .

فوائد

منها : قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِشَهْوَةٍ ﴾ . وهذا بلا نزاع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن استحله كفر إجماعاً .

وكذا لايجوز النظر إلى أحد ممن تقدم ذكره إذا خاف ثوران الشهورة . نص عليه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره .

ومنها : معنى الشهوة : التلذذ بالنظر .

ومنها : لمس من تقدم ذكره ، كالنظر إليه على قول .

وعلى قول آخر : هو أولى بالمنع من النظر . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : صوت الأجنبية ليس بعورة . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ليس بعورة على الأصح .

قال ابن خطيب السلامية ، قال القاضى الزريرانى الحنبلى فى حواشيه على المغنى : هل صوت الأجنبية عورة ؟ فيه روايتان منصوصتان عن الإمام أحمد رحمه الله . ظاهر المذهب : ليس بعورة . انتهى .

وعنه : أنه عورة . اختاره ابن عقيل . فقال : يجب تجنب الأجانب الاستماع من صوت النساء زيادة على ماتدعو الحاجة إليه . لأن صوتها عورة . انتهى .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية صالح : يسلم على المرأة الكبيرة . فأما الشابة : فلا تنطق .

قال القاضى : إنما قال ذلك من خوف الافتتان بصوتها . وأطلقهما فى المذهب .

وعلى كلا الروايتين : يحرم التلذذ بسماعه ، ولو بقراءة . جزم به فى المستوعب . والرعاية ، والفروع ، وغيرهم .

قال القاضى : يمنع من سماع صوتها .

وقال ابن عقيل فى الفصول : يكره سماع صوتها بلا حاجة .

قال ابن الجوزى ، فى كتاب النساء له : سماع صوت المرأة مكروه .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية مهنا : ينبغى للمرأة أن تخفض من صوتها إذا كانت فى قراءتها إذا قرأت بالليل .

ومنها : إذا منعنا المرأة من النظر إلى الرجل ، فهل تمنع من سماع صوته . ويكون حكمه حكم سماع صوتها ؟ .

قال القاضى فى الجامع الكبير : قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية مهنا : لايعجبنى أن يؤم الرجل النساء إلا أن يكون فى بيته يؤم أهله . أكره أن تسمع المرأة صوت الرجل .

قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته : وهذا صحيح . لأن الصوت يتبع الصورة . ألا ترى أنه لما منع من النظر إلى الأجنبية منع من سماع صوتها .

كذلك المرأة لما منعت من النظر إلى الرجل منعت من سماع صوته .

[قال ابن خطيب السلامية فى نكتة : لم تزل النساء تسمع أصوات الرجال . والفرق بين النساء والرجال ظاهر] [1] .

ومنها : تحرم الخلوة لغير محرم للكل مطلقاً . ولو بحيوان يشتهى المرأة وتشتهيه هى ، كالقرد ونحوه .

---

(١) زيادة من نسخة طلعت .

ذكره ابن عقيل ، وابن الجوزى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : الخلوة بأمرد حسن ومضاجعته : كامرأة . ولو كان لمصلحة تعليم وتأديب ومن يُقِرُّ مُوَلِّيه عند من يعاشره كذلك ملعون ديوث . ومن عرف بمحبتهم أو معاشرة بينهم : منع من تعليمهم .

وقال ابن الجوزى : كان السلف يقولون : الأمرد أشد فتنة من العذارى .

قال ابن عقيل : الأمرد يَنْفُقُ على الرجال والنساء . فهو شبكة الشيطان فى حق النوعين .

ومنها : كره الإمام أحمد رحمه الله مصافحة النساء . وشدد أيضا ، حتى لمحرم . وجوزه لوالد .

قال فى الفروع : ويتوجه ولمحرم .

وجوز الإمام أحمد رحمه الله أخذ يد عجوز . وفى الرعاية : وشوهاء .

وسأله ابن منصور : يقبل ذات المحارم منه ؟ قال : إذا قدم من سفر ، ولم يخف على نفسه ، لكن لا يفعله على الفم أبداً . الجبهة والرأس .

ونقل حرب ـ فيمن تضع يدها على بطن رجل لا تحل له ـ قال : لا ينبغى إلا لضرورة .

ونقل المروذى : أتضع يدها على صدره ؟ قال : ضرورة .

قوله ﴿ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَي جَمِيعِ بَدَنِ الآخَرِ. وَلَمسُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا ، حتى الفرج . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يكره لهما نظر الفرج . جزم به فى الكافى . وقدمه فى الرعايتين .

وقال الآمدى فى فصوله : وليس للزوج النظر إلى فرج امرأته فى إحدى الروايتين . نقله ابن خطيب السلامية .

وقيل : يكره لها عند الجماع خاصة .

وجزم فى المستوعب بأنه يكره النظر إلى فرجها حال الطمث فقط . وجزم به فى الرعايتين . وزاد فى الكبرى : وحال الوطء .

فائدتان

إحداهما : قال القاضى فى الجامع : يجوز تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ، ويكره بعده . وذكره عن عطاء .

الثانية : ليس لها استدخال ذكر زوجها وهو نائم بلا إذنه . ولها لمسه وتقبيله بشهوة . وجزم به فى الرعاية . وتبعه فى الفروع . وصرح به ابن عقيل .

وقال : لأن الزوج يملك العقد وحبسها . ذكراه فى عشرة النساء .

ومر بى فى بعض التعاليق قول : إن لها ذلك . ولم أستحضر الآن فى أى كتاب هو .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ مَعَ أَمَتِهِ ﴾ .

حكم السيد مع أمته المباحة له : حكم الرجل مع زوجته فى النظر واللمس ، خلافاً ومذهباً .

تنبيه : فى قول المصنف « مع أمته » نظر . لأنه يدخل فى عمومه أمته المزوجة والمجوسية والوثنية ونحوهن . وليس له النظر إلى واحدة منهن ولا لمسها لما سيذكر فى موضعه .

وجعل كثير من الأصحاب مكان « أمته » « سريته » .

قال ابن منجا : وفيه نظر أيضاً . لأنه يحرم عليه أمته التى ليست سرية ، والحال أن له النظر إليها ولمسها . فلذلك قال بعض الأصحاب ـ منهم : المصنف

فى الكافى ، والناظم ، وصاحب المنور ، وغيرهم ـ « أمته المباحة » وهو أجود مما تقدم . انتهى

قلت : وهو مراد المصنف وغيره .

فائدتان

إحداهما : لو زوج أمته جاز له النظر منها إلى غير العورة ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى الفائق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع .

وقال فى الترغيب : هو كمحرم . ونقل حنبل : كأمة غيره .

الثانية : يكره النظر إلى عورة نفسه . قاله فى الترغيب وغيره .

وقال فى المستوعب ، وغيره . يستحب أن لايديمه .

وقال الأزجى فى نهايته : يعرض ببصره عنها . لأنه يدل على الدناءة . انتهى .

وتقدم فى باب الاستنجاء : هل يكره مس فرجه مطلقاً ، أو فى حال التخلى ؟

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ التَّصْرِيحُ ﴾ .

وهو مالا يحتمل غير النكاح .

﴿ بِخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ ، وَلاَ التَّعْرِيضُ ﴾ .

وهو ما يفهم منه النكاح مع احتمال غيره .

﴿ بِخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِى عِدَّةِ الْوَفَاةِ ﴾ يعنى : التعريض .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الانتصار ، والمفردات : إن دلت على اقترانهما ـ كمتحابين قبل موت الزوج ـ منعنا من تعريضه فى العدة .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِطَلَاقٍ ثَلَاثٍ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَهَلْ يَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِغَيْرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

أحدهما : لا يجوز . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المحرر .

الثانى : يجوز . وهو المذهب . جزم به فى العمدة .

وصححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كان المعرِّض أجنبياً .

فأما من كانت فى عصمته : فإنه يباح له التعريض والتصريح . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ﴾ .

هذا المذهب . يعنى يحرم . وعليه جماهير الأصحاب .

قال ابن خطيب السلامية : قاله أصحابنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح والنظم ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : يكره . اختاره أبو حفص .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته ، والشريف أبو جعفر : قاله فى الفائق ، والزركشى .

فعلى المذهب : يصح العقد . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وعنه : لا يصح . اختاره أبو بكر . قاله ابن خطيب السلامية .

وقال الزركشى ، قال أبو بكر : البيع على بيع أخيه باطل . نص عليه .

فخرج ابن عقيل وغيره بطلان النكاح للنهي .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ﴾ .

واعلم أنه إذا أجيب تصريحاً فلا كلام .

وإن أجيب تعريضاً ، فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لا يحل له أيضاً كالتصريح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقي .

وصححه الناظم .

واختاره المصنف في المغني ، والشارح . وجزم به في الوجيز .

وعنه : يجوز .

قال القاضي : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله إباحة خطبتها .

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والزركشي .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن له أن يخطب على خطبة الذمي مطلقاً . لأنه ليس بأخيه . وهو صحيح . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية علي بن سعيد .

فائدة : قوله ﴿ وَإِن رُدَّ : حَلَّ ﴾ بلا نزاع .

وكذا إن ترك الخطبة ، أو أذن له .

وكذا إن سكت عنه عند القاضي في المجرد ، وابن عقيل . وقدمه الزركشي

وعن القاضي : سكوت البكر رضًى .

قوله ﴿ وَإِن لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، والزركشي .

إحداهما : يجوز . وهو الصحيح . وهو ظاهر ما نقله الميمونى .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

والثانى : لا يجوز . وهو ظاهر كلامه فى العمدة .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو خطبت المرأة ــ أو وليها ــ لرجل ابتداء . فأجابها : فينبغى أن لا يحل لرجل آخر خطبتها ، إلا أنه أضعف من أن يكون هو الخاطب .

ونظير الأولى : أن تخطبه امرأة ، أو وليها ، بعد أن يخطب هو امرأة . فإن هذا إيذاء للمخطوب فى الموضعين . كما أن ذاك إيذاء للخاطب . وهذا بمنزلة البائع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد . وذلك كله ينبغى أن يكون حراماً .

فائدة أخرى : لو أذنت لوليها أن يزوجها من رجل بعينه : احتمل أن يحرم على غيره خطبتها ، كما لو خطب فأجابت . ويحتمل أن لا يحرم . لأنه لم يخطبها أحد . قال ذلك القاضى أبو يعلى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا دليل من القاضى على أن سكوت المرأة عند الخطبة ليس بإجابة بحال .

قوله ﴿ وَالتَّعْوِيلُ فِى الرَّدِّ وَالإِجَابَةِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً ﴾ .

بلا نزاع ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مُجْبَرَةً : فَعَلَى الْوَلِىِّ ﴾ .

هذا المذهب ، سواء رضيت ، أو كرهت . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، والزركشى .

صرح به القاضى . وابن عقيل .

وقال المصنف ، والشارح : لو أجاب ولى المرأة ، فكرهت المجاب . واختارت

غيره : سقط حكم إجابة وليها . وإن كرهته ولم تختر سواه : فينبغي أن يسقط حكم الإجابة . وإن أجابت ثم رجعت : زال حكم الإجابة .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ عبد القادر فى الغنية : يستحب عقده يوم الجمعة أو الخميس ، والمساء أولى .

قوله ﴿ وَأَنْ يَخْطُبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﴾ .

وهذا المذهب أيضاً . وعليه الأصحاب . والعمل عليه قديماً وحديثاً .

وقال الشيخ عبد القادر : إن أخر الخطبة عن العقد جاز . انتهى .

قلت : ينبغى أن يقال : مع النسيان بعد العقد .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يزيد على خطبة ابن مسعود رضى الله عنه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقاله فى العمدة . ويقرأ ثلاث آيات ــ وذكرها .

وقال فى عيون المسائل : يأتى بخطبة ابن مسعود رضى الله عنه بالآيات الثلاث ، وإن الله أمر بالنكاح . ونهى عن السفاح . فقال مخبراً وآمراً (٢٤ : ٣٢ وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم . إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله . والله واسع عليم) .

وقال الشيخ عبد القادر : ويستحب أن يزيد هذه الآية أيضاً .

فائدتان

إحداهما : كان الإمام أحمد رحمه الله تعالى إذا حضر العقد ولم يسمع الخطبة انصرف .

والمجزىء منها : أن يتشهد ، ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم .

الثانية : قال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : وقع فى كلام القاضى فى الجامع ما يقتضى : أنه يستحب أن يتزوج فى شوال .

فائدة : فى خصائصه صلى الله عليه وسلم

كان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بأى عدد شاء . فيكون قوله تعالى (٣٣ : ٥٠ يأيها النبي إنا أحللنا لك) ناسخا لقوله (٣٣ : ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : كان له أن يتزوج بأى عدد شاء ، إلى أن نزل قوله تعالى (٣٣ : ٥٢ لا يحل لك النساء من بعد) فتكون هذه الآية ناسخة للآية الأولى .

وقال القاضى : الآية الأولى تدل على أن من لم تهاجر معه من النساء : لم تحل له .

قال فى الفروع : فيتوجه احتمال : أنه شرطٌ فى قراباته فى الآية ، لاالأجنبيات انتهى .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا ولى ولا شهود . وفى زمن الإحرام أيضاً . قدمه فى الفروع .

قال القاضى فى الجامع الكبير : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية الميمونى : جواز النكاح له بلا ولي ولا شهود ، وفى زمن الإحرام .

وأطلق أبو الحسين ، ووالده ، وغيرهما وجهين .

وقال ابن حامد : لم يكن له النكاح بلا ولي ولا شهود ولا زمن الإحرام ، مباحاً .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلفظ الهبة . جزم به فى الفصول ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع .

وقد جزم ابن الجوزى بجوازه عن الإمام أحمد رحمه الله . وعنه : الوقف .

وكان له صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بلا مهر . جزم به الأصحاب . وجزم به ابن الجوزى عن العلماء .

وكان صلى الله عليه وسلم واجب عليه السواك والأضحية والوتر . على الصحيح

من المذهب . جزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، وخصال ابن البنا ، والعدة للشيخ عبد الله كتيلة . وقدمه فى الفصول .

قال الزركشى : وجوب السواك اختيار القاضى وابن عقيل .

وقيل : ليس بواجب عليه ذلك . اختاره ابن حامد . ذكره عنه فى الفصول وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى فى السواك فى بابه .

وقال فى الفصول : وكان واجبا عليه صلى الله عليه وسلم ركعتا الفجر .

وقال فى الرعاية : وكان واجبا عليه الضحى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا غلط . ولم يكن صلى الله عليه وسلم يواظب على الضحى باتفاق العلماء بسنته .

وكان صلى الله عليه وسلم واجبا عليه قيام الليل ، ولم ينسخ . على الصحيح من المذهب . ذكره أبو بكر وغيره .

وقال القاضى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : نسخ . جزم به فى الفصول ، والمستوعب .

ومن خصائصه صلى الله عليه وسلم : أنه لو ادُّعِى عليه كان القول قوله من غير يمين ، وإن ادعى هو بحق ، كان القول قوله من غير يمين . قاله أبو البقاء العكبرى . نقله عنه ابن خطيب السلامية فى نكته على المحرر .

وأوجب عليه صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين فراقه والإقامة معه .

قال فى الفروع ، وظاهر كلامهم : أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى وجوب التسوية فى القسم كغيره . وذكره فى المجرد ، والفنون ، والفصول .

وظاهر كلام ابن الجوزى : أنه غير واجب .

وفى المنتقى احتمالان .

قال أصحابنا ـ القاضى وغيره ـ وفرض عليه ـ صلى الله عليه وسلم ـ إنكار المنكر إذا رآه على كل حال .

قال فى الرعاية : فرض عليه إنكار المنكر إذا رآه على كل حال . وغيره فى حال دون حال .

قلت : حكى ذلك قولاً ابن البناء فى خصاله ، واقتصر عليه .

قال فى المستوعب ، وقيل : فرض عليه إنكار المنكر . واقتصر عليه .

ومُنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من الرمز بالعين ، والإشارة بها . و إذا لبس لأمة الحرب : أن لا ينزعها حتى يلقى العدو .

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ أيضاً من الشعر والخط وتعلمهما .

واختار ابن عقيل : أنه صرف عن الشعر ، كما أعجز عن الكتابة . قال : ويحتمل أن يجتمع الصرف والمنع .

ومنع ـ صلى الله عليه وسلم ـ من نكاح الكتابية ، كالأمة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وقاله ابن شاقلا ، وابن حامد ، والقاضى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، والفصول .

وعنه : لم يمنع . واختاره الشريف .

وقال فى عيون المسائل : يباح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ ملك اليمين ، مسلمة كانت أو مشركة .

وتقدم فى أواخر « باب ذكر أهل الزكاة » حكم الصدقة .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الوصال ، وخمس خمس الغنيمة .

قال المصنف : و إن لم يحضر .

وأبيح له ـ صلى الله عليه وسلم ـ الصَّفِيُّ من المغنم ، ودخول مكة مُحِلاً ساعة وجعلت تركته ـ صلى الله عليه وسلم ـ صدقة .

قال فى الفروع : وظاهر كلامهم لا يمنع من الإرث .

وقال فى عيون المسائل : لا يرث . ولا يَعْقِلُ[1] بالإجماع .

---

(١) العقل هنا الدية .

وله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أخذ الماء من العطشان .

ويلزم كل واحد أن يقيه بنفسه وماله . فله طلب ذلك .

وحرم على غيره نكاح زوجاته فقط .

وجوز ابن حامد وغيره نكاح من فارقها فى حياته .

وهن أزواجه فى الدنيا والآخرة .

وهن أمهات المؤمنين ، يعنى فى تحريم النكاح .

والنجس منا طاهر منه . ذكره فى الفنون وغيره . وقدمه فى الفروع .

وفى النهاية لأبى المعالى ، وغيرها : ليس بطاهر (١) .

وهو ـ صلى الله عليه وسلم ـ طاهر بعد موته بلا نزاع بين العلماء ، بخلاف غيره . فإن فيه خلافاً ، على ماتقدم فى باب إزالة النجاسة .

ولم يذكر الأصحاب هذه المسألة هنا .

---

(١) لقد قال الله تعالى (١٨ : ١١٠ و ٤١ : ٦ قل إنما أنا بشر مثلكم ، يوحى إلى أنما إلهكم إله واحد) والبشر هم أبناء آدم ، خلقهم الله من تراب ثم من نطفة ، ومن زعم غير ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو لأحد من إخوانه المرسلين ، أو غيرهم : فقد أعظم الفرية على الله ، ومن قال إنه النور الأول فقد زعم : أنه ولد الله وسبحان الله وتعالى عن ذلك علواً كبيرا . ولقد كان ـ صلى الله عليه وسلم ـ كإخوانه المرسلين ، يأكل الطعام ويمشى فى الأسواق ، ويهضم الطعام والشراب ككل بشر ، وللطعام فضلات لابد من خروجها للصحة والعافية . سنة الله التى لا تتبدل فى البشرية جميعها . فكان صلى الله عليه وسلم يستنجى . وكان يغتسل من الجنابة وكانت عائشة تقول « كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم يذهب فيصلى فيه » رواه الجماعة إلا البخارى . وفى لفظ متفق عليه « كنت أغسله من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يخرج إلى الصلاة ، وأثر الغسل فى ثوبه بقع الماء » وللدارقطنى « كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان يابساً ، وأغسله إذا كان رطباً »

وذكر ابن عقيل : أنه لم يكن له فيئ فى شمس ولا قمر . لأنه نورانى[1] .

والظل نوع ظلمة .

وكانت تجتذب الأرض أثقاله . انتهى .

وساوى الأنبياء فى معجزاتهم . وانفرد بالقرآن ، والغنائم . وجعلت له الأرض مسجداً ، وترابها طهوراً ، والنصر بالرعب مسيرة شهر .

وبعث إلى الناس كافة . وكل نبى إلى قومه .

ومعجزاته ـ صلى الله عليه وسلم ـ باقية إلى يوم القيامة . وانقطعت معجزات الأنبياء بموتهم .

وتنام عينه ولا ينام قلبه . فلا نقض بنومه مضطجعاً .

وتقدم ذلك فى نواقض الوضوء .

ويرى من خلفه كما يرى من أمامه .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، وجمهور العلماء : هذه الرؤية رؤية العين حقيقة

ولم يكن لغيره أن يقتل إلا بإحدى ثلاث . وكان له ذلك صلوات الله وسلامه عليه . نص عليه فى رواية أبى داود . والدفن بالبنيان مختص به . قالت عائشة « لئلا يتخذ قبره مسجداً » .

وقال جماعة : لوجهين .

أحدهما : قوله « ويدفن الأنبياء حيث يموتون » رواه الإمام أحمد رحمه الله .

والثانى : لئلا تمسه أيدى العصاة والمنافقين .

وقال أبو المعالى : وزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم مستحبة للرجال والنساء . قال فى الفروع : وهو ظاهر كلام غيره .

---

(١) هذا من الغلو الذى نهى الله ورسوله عنه . فضلا عن المعروف فى السنة الصحيحة غير ذلك .

قلت : فيعاني بها[1] .

وقال ابن الجوزى ـ على قول أكثر المفسرين فى قوله ـ (٧٤ : ٦ ولا تمنن تستكثر) لا تُهْدِ لتعطَى أكثر : هذا الأدب للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وأنه لا إثم على أمته فى ذلك .

قال الإمام أحمد رحمه الله : خص النبى صلى الله عليه وسلم بواجبات ، ومحظورات ، ومباحات ، وكرامات .

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه خص بصلاة ركعتين بعد العصر . واختاره ابن عقيل .

قال ابن بطة : كان خاصاً به . وكذا أجاب القاضى .

قال فى الفروع : ويتوجه أن صلاته قاعداً بلا عذر كصلاته قائماً خاص به .

قال : وظاهر كلامهم : أنه لو كان لنبى مال ، أنه تلزمه الزكاة .

وقيل للقاضى : الزكاة طُهرة ، والصبى مطهر ؟ قال : باطل بزكاة الفطر ، ثم بالأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم بأنهم مطهرون . ولو كان لهم مال لزمتهم الزكاة

---

(١) بل هى مخالفة لصريح السنة . فإنه صلى الله عليه وسلم لم يستثن قبره عند مالعن زوارات القبور . والرحال إنما تشد للمسجد ، والصلاة فيه . لا لزيارة القبر . وصح عن الإمام مالك رضى الله عنه « أكره أن أقول : زرت قبر النبى صلى الله عليه وسلم » وإنما كره مالك هذا لأن فى هذا القول إشعاراً بأنه مثل عامة الناس من المقبورين . وإذا نزل صلى الله عليه وسلم فى قلوب الناس إلى ، هذا لم يسعدوا بهداه وطاعته على الوجه الذى أحبه لهم ربهم . ولأجله قال (٢٤ : ٦٣ لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا) وقال (٤٩ : ٢ لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون) وهذه المعانى واضحة لمالك رضى الله عنه ولكل من أراد به خيرا وفقهه فى الدين جعلنا الله منهم .

باب أركان النكاح وشروطه

قوله ﴿ وَلاَ يَنْعَقِدُ الإِيجَابُ إِلاَّ بِلَفْظِ «النِّكَاحِ» وَ« التَّزْوِيجِ » ﴾.

﴿ وَالْقَبُولُ ، أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ ﴾ أو هذا التزويج.

ومن ألفاظ صيغ القبول « تزوجتها ».

قال فى الفروع « أو رضيت هذا النكاح ».

اعلم أن الصحيح من المذهب : أن النكاح لاينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ ، لاغير . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم ، منهم : صاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يصح ، وينعقد بالكناية أيضاً .

وخرجه ابن عقيل فى عمد الأدلة من جعله عتق الأمة صداقها .

وخرجه بعضهم من قول الخاطب والولى « نعم » فإنه لم يقع من المتخاطبين لفظ صريح .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينعقد بما عده الناس نكاحاً ، بأى لغة ولفظ وفعل كان . قال : ومثله كل عقد .

وقال : الشرط بين الناس ماعدوه شرطاً . فالأسماء : تعرف حدودها تارة بالشرع ، وتارة باللغة ، وتارة بالعرف . وكذلك العقود . انتهى . نقله صاحب الفروع .

وقال ابن خطيب السلامية ، فى نكته على المحرر : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ ومن خطه نقلت ــ الذى عليه أكثر العلماء : أن النكاح ينعقد بغير لفظ « الإنكاح » و « التزويج » . قال : وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، وقياس مذهبه . وعليه قدماء أصحابه . فإن الإمام أحمد رحمه الله نص فى غير موضع على أنه ينعقد بقوله « جعلت عتقك صداقك » وليس فى هذا اللفظ

« إنكاح » و « لا تزويج » ولم ينقل عن الإمام أحمد رحمه الله أنه خصه بهذين اللفظين . وأول من قال من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله ـ فيما علمت ـ أنه يختص بلفظ « الإنكاح » و « التزويج » ابن حامد . وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده ، لسبب انتشار كتبه ، وكثرة أصحابه وأتباعه . انتهى .

وقال في الفائق ، وقال شيخنا : قياس المذهب صحته بما تعارفاه نكاحاً ، من هبة وتمليك ونحوهما ، أخذا من قول الإمام أحمد رحمه الله « أعتقتك وجعلت عتقك صداقك » .

قال في الفائق : وهو المختار .

ثم قال : قلت ليس في كلام الإمام أحمد تخصيص ما ذكره الأصحاب إلا قوله « إذا وهبت نفسها فليس بنكاح » .

ثم قال : والأظهر أن في صحته بلفظ « الهبة » ونحوها روايتين ، أخذا من قول ابن عقيل ـ في الفصول في الخصائص ، من كتاب النكاح ـ واختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله : هل النكاح بلفظ الهبة من خصائصه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أم لا ؟ . انتهى كلام صاحب الفائق .

وسئل الشيخ تقي الدين رحمه الله عن رجل لم يقدر أن يقول إلا « قبلت تجويزها » بتقديم الجيم ؟ فأجاب بالصحة . بدليل قوله « جوزتي طالق » فإنها تطلق . انتهى .

قلت : يكتفى منه بقوله « قبلت » على ما يأتي . ويكون هذا قول الأصحاب . وهو المذهب .

فائدة : لو قال الولي للزوج « زوجتَك فلانة » بفتح التاء : هل ينعقد النكاح ؟ توقف فيها ناصح الإسلام ابن أبي الفهم .

و بعض الأصحاب ، فرق بين العارف باللغة والجاهل ، كقوله « أنت طالق

إن دخلت الدار » بفتح الهمزة وكسرها . منهم الشيخ محيي الدين يوسف بن الجوزى . وأفتى المصنف بصحته مطلقاً .

وقال فى الرعاية : يصح جهلاً أو عجزاً . وإلا احتمل وجهين .

وقال فى الفروع ، فى أوائل « باب صريح الطلاق وكنايته » يتوجه أن هذه المسألة كمثل مالو قال لامرأته « كلما قلت لى شيئاً ولم أقل لك مثله فأنت طالق ثلاثا » على مايأتى فى أوائل باب صريح الطلاق وكنايته .

ويأتى هناك لو قال لها « أنت طالق » بفتح التاء .

وهذه حادثة وقعت بحران زمن ابن الصيرفى ، فسأل عنها العلماء . ذكرها فى النوادر .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن النكاح ينعقد إذا وجد الإيجاب والقبول ، سواء وقع من هازل أو مُلجأ أو غيرهما . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

فائدة : لايصح تعليق النكاح على شرط مستقبل . قاله الأصحاب ، على مايأتى فى كلام المصنف فى باب الشروط فى النكاح ، فيما إذا علق ابتداء النكاح على شرط .

قال ابن رجب : إنما قال الأصحاب ذلك ليخرجوا الشروط الحاضرة والماضية . مثل قوله « زوجتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « زوجتك ابنتى إن كانت عدتها قد انقضت » أو « إن كنتُ وليها » وهما يعلمان ذلك . فإنه يصح . وكذلك تعليقه بمشيئة الله تعالى . فإنه يصح .

قال ابن شاقلا : لانعلم فيه خلافاً . لأنه شرط موجود إذا الله شاءه ، حيث استجمعت أركانه وشروطه .

وكذلك لو قال « زوجتك ابنتى إن شئت » فقال « قد شئت وقبلت »

فإنه يصح . لأنه شرط موجب العقد ومقتضاه . لأن الإيجاب إذا صدر كان القبول إلى مشيئة القابل مقارنة للقبول . ولايتم العقد بدونه . انتهى .

قوله ﴿ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه لا ينعقد إلا بالعربية لمن يحسنها . جزم به فى الوجيز، والفائق ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

واختار المصنف انعقاده بغيرها .

واختاره الشارح أيضاً ، وقال : هو أقيس .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وجزم به فى التبصرة .

قوله ﴿ فَإِنْ قدرَ عَلَى تعلُّمِهِمَا بِالْعَرَبِيَّةِ : لَمْ يَلْزَمْهُ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

يعنى إذا قلنا لا ينعقد النكاح إلا بالعربية لمن يحسنها . وأطلقهما فى المذهب . ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم .

أحدهما : لايلزمه تعلمهما . وينعقد بلسانه بمعناهما الخاص لهما . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الفصول . والوجيز . والمنور ، وغيرهم .

ونصره المصنف ، والشارح وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يلزمه .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن قدر أن يتعلم ذلك بالعربية : لزمه فى أصح الوجهين .

وقدمه فى الهداية . والمستوعب .

قوله ﴿ فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِ « قَبِلْتُ » أَوْ قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ

«أَزَوَّجْتَ؟» قَالَ «نَعَمْ» وَلِلْمُتَزَوِّجِ «أَقَبِلْتَ؟» قَالَ «نَعَمْ» صَحَّ. ذَكَرَهُ الْخِرَقِي﴾

نص عليه . وهو المذهب .

قال الزركشي : هذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله . قطع به الجمهور . ونصره الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

ويحتمل أن لا يصح فيهما .

قال ابن عقيل : وهو الأشبه بالمذهب . لعدم لفظ «الإنكاح» و«التزويج» . واختار الصحة فى اقتصاره على قول «قبلت» دون اقتصاره على قوله «نعم» فى الإيجاب أو القبول .

فائدتان

إحداهما : لو أوجب النكاح ، ثم جُنَّ قبل القبول : بطل العقد كموته . نص عليه

ولو أوجبه ، ثم أغمى عليه قبل القبول : فهل يبطل العقد ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يبطل . وهو الصحيح . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعاية ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يبطل . قال القاضى فى الجامع : هذا قياس المذهب .

قلت : ويتوجه الصحة إذا قال فى المجلس .

الثانية : ينعقد نكاح الأخرس بإشارة مفهومة . نص عليه . وكذا بكتابة . ذكره الأصحاب .

وكلام المصنف وغيره ـ ممن لم يذكر المسألة وأطلق فى قولهم : لاينعقد الإيجاب إلا بلفظ « الإنكاح » ـ مرادهم : القادر على النطق . فأما مع العجز المطلق : فيصح ، وأما الكتابة فى حق القادر على النطق : فلا ينعقد بها النكاح مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ينعقد . ذكرهما فى المحرر وغيره . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى الرعاية الكبرى : الأظهر المنع مع حضوره ، والصحة مع غيبته .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَدَّمَ القَبُولُ الإيجَابَ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، والبلغة ، والمنور ، والمحرر ، وقال : رواية واحدة .

وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وذكر ابن عقيل ، وجماعة : رواية بالصحة ـ منهم صاحب الفائق ـ إذا تقدم بلفظ الماضى ، أو الأمر . قال الناظم :

وإن يتقـدم لم نصححه بَتَّةً ولو صححوا تقديمه لم أبعـد

وقال فى الرعاية ـ من عنده ـ لو قال « زوجنى » فقال « زوجتك » أو قال له الولى « تزوجتَ » فقال « تزوجتُ » صح .

وقال المصنف : ويحتمل أن يصح إذا تقدم بلفظ الطلب .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنْ تَرَاخَى عَنْهُ : صَحَّ ، مَادَامَا فِى المَجْلِسِ ، وَلَمْ يَتَشَاغَلاَ بِمَا يَقْطَعُهُ ﴾ يعنى : فى العرف .

قوله ﴿ فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ : بَطَلَ الإيجَابُ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يبطل . وعنه : لا يبطل مع غيبة الزوج .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : أخذت هذه الرواية من قوله ــ فى رواية أبى طالب ــ فى رجل مشى إليه قوم ، فقالوا « زوج فلاناً » فقال « قد زوجته على ألف » فرجعوا إلى الزوج ، فأخبروه . فقال « قد قبلت » هل يكون هذا نكاحاً ؟ قال : نعم . فأشكل هذا النص على الأصحاب .

فقال القاضى : هذا حكم بصحته بعد التفرق عن مجلس العقد .

قال : وهو محمول على أنه قد كان وَكَّل من قبل العقد عنه ، ثم أُخبر بذلك فأمضاه .

ورده ابن عقيل ، وقال : رواية أبى طالب تعطى أن النكاح الموقوف صحيح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قد أحسن ابن عقيل . وهو طريقة أبى بكر . فإن هذا ليس تراخياً للقبول . و إنما هو تراخ للإجازة .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَشُرُوطُهُ خَمْسَةٌ . أَحَدُهَا : تعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ﴾ .

لو خطب امرأة فأوجب له النكاح فى غيرها ، فقبل يظنها مخطوبته : أنه لا يصح . وهو صحيح نص عليه .

فائدة : قوله ﴿ فَإِذَا قَالَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِي ، وَلَهُ بَنَاتٌ : لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُشِيرَ إِلَيْهَا ، أَوْ يُسَمِّيهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلاَّ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع فى ذلك فى الجملة . لكن لو عينا فى الباطن واحدة ، وعقدا عليها العقد باسم غير متميز ، نحو أن يقول « بنتى » وله بنات ، أو يسميها باسم وينويها فى الباطن غير مسماة . ففى الصحة وجهان . اختار القاضى فى موضع : الصحة .

واختار أبو الخطاب ، والقاضى أيضاً ــ فى موضع آخر ــ البطلان .

ومأخذه : أن النكاح يشترط له الشهادة . و يتعذر الإشهاد على النية .

وعن أبى حفص العكبرى : إن كانت المسماة غلطاً : لم يحل نكاحها لكونها مزوجة ، أو غير ذلك : صح النكاح ، وإلا فلا .

ذكر ذلك فى القاعدة الخامسة بعد المائة .

قوله ﴿ الثَّانى : رِضَا الزَّوْجَيْنِ . فَإِنْ لَمْ يَرْضَيَا ـ أَوْ أَحَدُهُمَا ـ لَمْ يَصِحَّ إلاَّ الأَبُ ، لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ وَالْمَجَانِينِ ، وَبَنَاتِهِ الأَبْكَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

اعلم أن فى تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل .

إحداها : أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ ، والكبار المجانين : فله تزويجهم ، سواء أذنوا أو لا ، وسواء رضوا أم لا ، بمهر المثل أو بزيادة عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى كل واحد منهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وذكر القاضى فى إجبار مراهق عاقل نظر .

قلت : الصواب عدم إجباره .

وقيل : له تزويج الصغير إن احتاج إليه . قاله القاضى فى المجرد .

وحمله ابن عقيل على المراهق . والأكثر على الحاجة مطلقاً ، على ما يأتى قريباً .

وقال فى الانتصار : يحتمل فى ابن تسع يزوج بإذنه ، سواء كان أبوه أو ولى غيره

وقال صاحب الفروع : يتوجه أنه كأنثى أو كعبد .

وقال أبو يعلى الصغير : يحتمل أنه كثيِّب . وإن سلمناه فلا مصلحة له ، وإذنه ضيق ، لا يكفى صمته .

وقيل : لا يزوج لهما بأكثر من مهر المثل . اختاره القاضى .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الصداق .

وقيل : لا يجبر المجنون البالغ بحال . اختاره أبو بكر .

وقيل : يجبره مع الشهوة ، وإلا فلا . اختاره القاضى .

وقيل : لايزوجه إلا الحاكم . ذكره فى الرعاية .

قلت : تقديم الحاكم على الأب قول ساقط .

ويأتى هل لوصى الصغير الاجبار ؟ عند قوله « ووصيه فى النكاح بمنزلته » .

فوائد

منها : ماقاله القاضى فى الجامع الكبير : إن تزويج الطفل والمعتوه ليس بإجبار . إنما الإجبار فى حق من له إذن واختيار . انتهى .

ومنها : لو كان يُخنق فى الأحيان لم يجز تزويجه إلا بإذنه .

ومنها : ليس للابن الصغير إذا زوجه الأب خيار إذا بلغ . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية وغيرها . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وظاهر كلام ابن الجوزى : أن له الخيار .

ومنها : للأب قبول النكاح للمجنون والصغير . وله أن يفوضه إلى الصغير .

قال فى الفروع : إن صح بيعه وطلاقه .

وقال فى الرعاية : ويصح قبول المميز بإذن وليه . نص عليه .

قال فى المغنى ، والشرح : فإن كان الغلام ابن عشر — وهو مميز — فقياس المذهب : جواز تفويض القبول إليه .

ومنها : حيث قلنا : يزوج الصغير ، والمجنون ، فيكون بواحدة . وفى أربع وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وظاهر المغنى ، والشرح : الإطلاق .

قال القاضى فى المجرد : قياس المذهب : أنه لا يزوجه أكثر من واحدة .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى المذهب .

وقال القاضى فى الجامع الكبير : له تزويج ابنه الصغير بأربع .

قال ابن نصر الله فى حواشيه : وهو أظهر .

وجزم به ابن رزين فى شرحه . وقال : إذا رأى فيه مصلحة .

وهو مراد من أطلق . ويأتى حكم سائر الأولياء فى تزويجهم لهما .

المسألة الثانية : أولاده الذكور العاقلين البالغين : ليس له تزويجهم .

يعنى بغير إذنهم بلا نزاع ، إلا أن يكون سفيها . ففى إجباره وجهان .

وأطلقهما فى الرعايتين . والفروع ، والبلغة . والحاوى الصغير فى هذا الباب .

قلت : الأولى الإجبار ، إن كان أصلح له .

وتقدم ذلك أيضاً فى « باب الحجر » بأتم من هذا . فليراجع .

المسألة الثالثة : ابنته البكر التى لها دون تسع سنين ، فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعا .

المسألة الرابعة : البكر التى لها تسع سنين فأزيد ، إلى ما قبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقى . والمصنف فى العمدة ، صاحب الوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وقالا : هذا المشهور .

وقدمه أيضا فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها .

قال الشريف أبو جعفر : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشى : وهى أظهر .

وأطلقهما فى الهداية . والمذهب . والمستوعب . والخلاصة ، والمحرر ، والقواعد الأصولية . وغيرهم .

واختار أبو بكر ، والشيخ تقى الدين رحمهما الله : عدم إجبار بنت تسع سنين بكراً كانت أو ثيباً .

قال فى رواية عبد الله : إذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها .

قال بعض المتأخرين من الأصحاب : وهو الأقوى .

المسألة الخامسة : البكر البالغة ، له إجبارها أيضاً . على الصحيح من المذهب مطلقا . وهو ظاهر ما قدمه المصنف هنا ، حيث قال « و بناته الأبكار » .

وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقى ، والقاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب فى خلافه . والشريف ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وصححه فى المذهب ، والخلاصة . وجزم به فى العمدة ، والوجيز .

قال فى الإفصاح : هذا أظهر الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

وقال : وتجبر عند الأكثر بكر بالغة .

وعنه : لا يجبرها . اختاره أبو بكر . والشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو الأصح .

قال الزركشى : هى أظهر .

وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المحرر ، والشرح .

فعلى المذهب : يستحب إذنها . وكذا إذن أمها . قاله فى النظم ، غيره .

السادسة : البكر المجنونة : له إجبارها مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : له إجبارها إن كان يملك إجبارها وهى عاقلة ، و إلا فلا . وهو ظاهر الخلاف لأبى بكر .

فائدة : لو كان وليها الحاكم فله تزويجها فى وجه إذا اشتهته .

قاله فى الرعاية . وقال : وإن كان وليها غير الحاكم والأب : زوجها الحاكم .

وقيل : بل يزوجها وليها .

قلت : وهو الصواب .

وقد قال المصنف رحمه الله هنا « لسائر الأولياء تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال » .

السابعة : الثيب المجنونة الكبيرة ، له إجبارها . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : له إجبارها فى الأصح .

وهو ظاهر كلام الخرقى . واختاره القاضى وغيره .

وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والمغنى : والشرح . وصححاه .

وقيل : لاتجبر ألبتة . اختاره أبو بكر .

الثامنة : الثيب العاقلة التى لها دون تسع سنين ، له إجبارها . على الصحيح من المذهب . وقطع به كثير من الأصحاب . منهم صاحب الانتصار ، والمحرر ، والرعاية . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له إجبارها .

قلت : فعلى هذا : لاتزوج ألبتة حتى تبلغ تسع سنين . فيثبت لها إذن معتبرة .

التاسعة : الثيب العاقلة التى لها تسع سنين فأكثر ، ولم تبلغ . فأطلق المصنف فى جواز إجبارها وجهين . وهما كذلك عند الأكثرين .

وعند أبى الخطاب فى الانتصار ، والمجد ، ومن تابعهما : روايتان .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والقواعد الأصولية .

أحدهما : ليس له إجبارها . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

منهم : ابن بطة ، وصاحبه أبو جعفر ابن المسلم ، وابن حامد ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، والمصنف ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : له إجبارها . اختاره أبو بكر .

وقدمه فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

العاشرة : الثيب البالغة العاقلة ، ليس له إجبارها بلا نزاع .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ـ بل هو كالصريح ، فى قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَرْضَيَا أو أحَدُهما : لم يَصِحَّ ، إلاّ الأبُ لَهُ تَزْوِيجُ أوْلادِهِ الصِّغارِ ، والمجانِينِ ، وبَناتِهِ الأبْكارِ بِغَيْرِ إذْنِهِمْ ﴾ ـ أن الجد ليس له الإجبار . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الواضح رواية : أن الجد يجبر كالأب .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : للصغيرة ، بعد تسع سنين : إذن صحيحة معتبرة . حيث قلنا : لاتجبر ، أو تجبر لأجل استحباب إذنها . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

ونقله عبد الله ، وابن منصور ، وأبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن هانىء ، والميمونى ، والأثرم . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به القاضى فى تعليقه ، وجامعه ، ومجرده ، وابن عقيل فى فصوله ، وتذكرته ، وأبو الخطاب فى خلافه ، والشريف أبو جعفر ، وابن البنا . ونصبهما الشيرازى للخلاف .

وهو ظاهر كلام أبى بكر . وجزم به ناظم المفردات .

وقال فى القواعد الأصولية : وهو الذى ذكره أبو بكر ، وابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى . ولم يذكروا فيه خلافا .

وكذا أكثر أصحاب القاضى . انتهى .

واختاره ابن شهاب فى عيون المسائل ، وابن بكروس ، وابن الجوزى ، فى التحقيق .

نقله فى تصحيح المحرر عن جده . وقدمه فى الفروع ، وقال : نقله ، واختاره الأكثر .

قال الزركشى : هى أنصهما ، وأشهرهما عن الإمام أحمد .

قال فى التسهيل : وإذنُ بنت تسع سنين معتبر فى الأظهر .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وهو من مفردات المذهب .

وذكر أبو الخطاب ، وغيره رواية : لا إذن لها . وصححه فى النظم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لاأعلم أحداً ذكرها قبله ، مع أنه لم يذكرها فى رءوس المسائل .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

الثانية : حيث قلنا : بإجبار المرأة ولها إذن ، أُخِذ بتعينها كفؤاً ، على الصحيح من المذهب .

قال الشيخ تقى الدين : هذا ظاهر المذهب .

قلت : وهو الصواب الذى لايعدل عنه .

نقل أبو طالب : إن أرادت الجارية رجلا ، وأرد الولى غيره : اتُّبِع هواها وجزم به فى المغنى ، والبلغة ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفائق ، زاد فى الرعاية الكبرى : إن كانت رشيدة غير مجبرة .

وقيل : يؤخذ بتعيين الولى . وأطلقهما فى الفروع .

وتقدم مايشابه ذلك فى أواخر الباب الذى قبله ، عند قوله « والتعويل فى الرد والإجابة عليها إن لم تكن مجبرة » .

قوله ﴿ وَالسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الأَبْكَارِ وَالثُّيَّبِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع بين الأصحاب .

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله : مايدل على أنه لاتجبر الأمة الكبيرة .

قال الشيخ تقى الدين : ظاهر هذا : أنه لاتجبر الأمة الكبيرة ، بناء على أن منفعة البضع ليس بمال .

لكن مراد المصنف وغيره ـ ممن أطلق هنا ـ : غير المكاتبة . فإنه ليس له إجبارها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى مختصر ابن رزين وجه : له إجبارها .

فائدتان

إحداهما : لو كان نصف الأمة حراً ، ونصفها رقيقا : لم يملك مالك الرق إجبارها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وذكر القاضى فى موضع من كلامه : أن للسيد إجبارها . وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى ، وابنه .

وهو ضعيف جداً . قال بعضهم : وهو وَهَم .

الثانية : لو كان بعضها معتقاً : اعتبر إذنها و إذن مالك البقية ، كما لو كانت لاثنين . و يقول كل واحد منهما « زوجتكها » ولا يقول « زوجتك بعضها » .

قاله ابن عقيل فى الفصول ، وابن الجوزى فى المذهب ، والفخر فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع . لأن النكاح لايقبل التبعيض والتجزيىء ، بخلاف البيع والإجارة .

قوله ﴿ وَعَبِيدُهُ الصِّغَارُ ﴾ يعنى : له تزويجهم ﴿ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويحتمل أن لايملك إجبارهم . وهو لأبى الخطاب .

وحكاه فى عيون المسائل رواية . وهو فى الانتصار وجه .

والحكم فى العبد المجنون الكبير كذلك .

قوله ﴿ وَلاَ يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ ﴾ .

يعنى العاقل : هذا هو الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يملكه .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِسَائِرِ الأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلاَّ بِإِذْنِهَا إِلاَّ الْمَجْنُونَةَ لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المحرر ، والنظم . واختاره أبو الخطاب ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : ليس لهم ذلك مطلقاً . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال القاضى : لايزوجها إلا الحاكم . قاله المصنف ، والشارح .

وقال فى الفروع : وذكر القاضى ، وغيره وجهاً : يجبرها الحاكم .

وأطلقهن الزركشى . وأطلق الأول والأخير فى الرعاية .

فوائد

إحداها : لو لم يكن لها ولى إلا الحاكم : زوجها . على الصحيح من المذهب . واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب .

قال فى الفروع : يجبر حاكم فى الأصح .

وقيل : ليس له ذلك . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال فى المغنى ، وتبعه فى الشرح : وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها ، إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها . لأن ذلك من أعظم مصالحها .

الثانية : تعرف شهوتها من كلامها ، ومن قرائن أحوالها ، كتتبعها الرجال وميلها إليهم ، وأشباه ذلك .

الثالثة : إن احتاج الصغير العاقل ، والمجنون المطبق ، البالغ إلى النكاح : زوجهما الحاكم بعد الأب والوصى . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع فيهما . وجزم به فى الرعاية فى المجنون .

وظاهر الإيضاح : لا يزوجهما أيضاً ، وإن لم يحتاجا إليه . فليس له تزويجهما على الصحيح من الوجهين .

قدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

قال فى الرعاية عن المجنون : وهو الأظهر .

وقيل : يزوجهما الحاكم .

وقال القاضى فى المجرد : تزويج الصغير العاقل لأنه يلى ماله .

وأطلقهما فى الفروع فيهما . وأطلقهما فى الرعاية فى المجنون .

تنبيهان

أحدهما : ألحق فى الترغيب والرعاية جميع الأولياء — غير الأب والوصى — بالحاكم فى جواز تزويجها عند الحاجة ، والخلاف مع عدمها .

والصحيح من المذهب : أن هذه الأحكام مخصوصة بالحاكم . قدمه فى الفروع وجزم به فى المغنى والشرح ، إلا أنهما قالا : ينبغى أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن فى ذلك ذهاب علته . لأنه من أعظم مصالحه .

الثانى : المراد هنا مطلق الحاجة ، سواء كانت الحاجة للنكاح أو غيره .

وكذلك أطلق الحاجة كثير من الأصحاب . وصرح به فى المغنى وغيره .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

وقال ابن عقيل فى الفصول ، وغيره : الحاجة هنا هى الحاجة إلى النكاح لاغير .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . جزم به فى العمدة . وصححه فى المذهب . ومسبوك الذهب . والنظم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال الزركشى : ولا عبرة بما قاله ابن منجا فى شرحه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لهم ذلك . ولها الخيار إذا بلغت ، ولو كان قبل تسع سنين .

فعليها : يفيد الحل والإرث وبقية أحكام النكاح . على الصحيح . جزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الفصول : لايفيد الإرث .

وقال الزركشى : ظاهر كلام ابن أبى موسى : لايفيدهما . لأنه جعله موقوفاً . ومال إليه الزركشى .

وعنه رواية ثالثة : لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها .

اعلم أن هذه الرواية مفرعة على ماتقدم من كون ابنة تسع : هل لها إذن معتبرة أم لا ؟

وتقدم : أن الصحيح من المذهب ، المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، الذى عليه أكثر الأصحاب : أن لها إذن معتبرة . فتكون هذه الرواية هى المذهب . وهو كذلك .

قال الزركشى : هذا المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وناظم المفردات .

قال فى تجريد العناية : ولغيرهما تزويج بنت تسع سنين . على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال الزركشى — فى شرح المحرر ، والوجيز — : هذا هو المذهب .

وجزم به القاضى أبو الحسين فى فروعه .

وأطلقهن فى الكافى ، والمحرر ، والبلغة .

وقد بنى — فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والزركشى وغيرهم — هذا الخلاف هنا على الخلاف فى ابنة تسع : هل لها إذن معتبرة أم لا ؟ كما تقدم .

وظاهر كلامه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : عدم البناء ، حيث أطلقوا الخلاف هناك . وقدموا هنا عدم تزويجهم مطلقاً .

تنبيه : قال فى الفروع : وعنه لهم تزويجها . كالحاكم .

فظاهر هذا : أن للحاكم تزويج الصغيرة ، وإن منعنا غيره من الأولياء بلا خلاف .

ولا أعلم له على ذلك موافقاً . بل صرح فى المستوعب ، والرعاية وغيرهما بغير ذلك . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

ومع ذلك له وجه . لأنه أعلم بالمصالح من غيره من الأولياء . لكن يحتاج إلى موافق . ولعله « كالأب » فسبق القلم .

وكذا قال شيخنا نصر الله فى حواشيهما .

وذكر شيخنا : أنه ظاهر كلام القاضى فى المجرد .

تنبيه آخر : المراد بقوله فى الرواية الثانية « ولها الخيار إذا بلغت » البلوغ المعتاد . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلامه .

وقيل : إنه بلوغ تسع سنين . قطع به ابن أبى موسى ، والشيرازى .

قوله ﴿ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ : الْكَلَامُ ﴾ بلا نزاع فى الجملة .

﴿ وَإِذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ولكن نطقها أبلغ .

وقيل : يعتبر النطق فى غير الأب .

واختاره القاضى فى التعليق فى مسألة إجبار البالغة . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

فائدتان

إحداهما : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يعتبر فى الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة به . ولايشترط تسمية المهر ، على الصحيح . نقله الزركشى .

الثانية : قال فى الترغيب ، وغيره : لايشترط الإشهاد على إذنها .

وكذا قال ابن المنى فى تعليقه : لاتعتبر الشهادة على رضى المرأة .

وقدمه فى الفروع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفى المذهب خلاف شاذ : يشترط الإشهاد على إذنها . انتهى .

وإن ادعت الإذن ، فأنكر ورثته : صدقت .

وقال فى الفروع : ولاتشترط الشهادة بخلوها عن الموانع الشرعية،واقتصر عليه .

قوله ﴿ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوَطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ﴾ .

أما الوطء المباح : فلا خلاف فى أنها ثيب به .

وأما الوطء بالزنا وذهاب البكارة به : فالصحيح من المذهب : أنه كالوطء المباح فى اعتبار الكلام فى إذنها . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : صرح به الأصحاب .

قلت : بل أولى ، إن كانت مطاوعة .

قال فى الفروع : والأصح ، ولو بزنا .

وقيل : حكمها حكم الأبكار .

قلت : لعل صاحب هذا القول أراد : إذا كانت مكرهة . وإلا فلاوجه له .

قوله ﴿ فَأَمَّا زَوَالُ الْبَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ ، أَوْ وَثْبَةٍ . فَلا تُغَيِّرُ صِفَةَ الإِذْنِ ﴾

وكذا الوطء فى الدبر . على الصحيح من المذهب فى ذلك كله . وعليه الأصحاب .

وعنه : تغير صفة الإذن . فيعتبر النطق فى الكل .

قلت : لو قيل بالفرق بين من ذهبت بكارتها بإصبع أو وثبة ، وبين من وُطئت فى دبرها مطاوعة فيكفى الصمت فى الأولى دون الثانية : لكان له وجه قوى .

فائدتان

إحداهما : حيث حكمنا بالثيوبة ، لو عادت البكارة : لم يزل حكم الثيوبة . ذكره القاضى فى الحاكم . وذكره غيره أيضاً . لأن المقصود من الثيوبة حاصل لها . وذكره أبو الخطاب محل وفاق .

الثانية : لو ضحكت البكر ، أو بكت : كان كسكوتها . قاله الأصحاب .

وقال فى الرعاية ، قلت : فإن بكت كارهة فلا . إلا أن تكون مجبرة . انتهى

قلت : وهو الصواب . فإن البكاء تارة يكون من شدة الفرح ، وتارة يكون لشدة الغضب ، وعدم الرضى بالواقع .

فإن اشتبه فى ذلك نظرنا إلى دمعها . فإن كان من السرور كان بارداً . وإن كان من الحزن كان حاراً . ذكره البغوى عن بعض أهل العلم فى تفسير قوله تعالى فى مريم (١٩ : ٢٦ وَقَرِّى عَيْناً) .

فإن قيل : كان يمكنها النطق إذا كرهت .

قلنا : وكان يمكنها النطق بالإذن إذا رضيت . ولكنها لما كانت مطبوعة على الحياء فى النطق : عم الرضى والكراهة .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : الْوَلِيُّ . فَلاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ ﴾

هذا المذهب . أعنى : الولى شرط فى صحة النكاح . وعليه الأصحاب . ونص عليه . قال الزركشى : لا يختلف الأصحاب فى ذلك .

وعنه : ليس الولى بشرط مطلقاً .

وخصها المصنف ، وجماعة بالعذر . لعدم الولى والسلطان .

فعلى المذهب ﴿ لَوْ زَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ نَفْسَها ، أَوْ غَيْرَهَا : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يجوزُ لَهَا تَزْوِيجُ نَفْسِهَا . ذكرها جماعة من الأصحاب .

وعنه : أن لها أن تأمر رجلاً يزوجها .

وعنه : لها تزويج أمتها وَمُعْتَقَتِهَا .

وهذه الرواية : لم يثبتها القاضى ، ومنعها .

وذكر الزركشى لفظ الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك ، ثم قال : وفى أخذ رواية من هذا نظر ، لكن عامة المتأخرين على إثباتها .

قوله ﴿ فَيَخْرُجُ مِنْهُ : صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا . وَتَزْوِيجُ غَيْرِهَا بِالْوَكَالَةِ ﴾ .

يعنى : على رواية « أن لها تزويج أمتها ومعتقتها » .

وخرجه أبو الخطاب فى الهداية ، والمجد ، والمحرر ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا التخريج غلط .

قال الزركشى ، وصاحب تجريد العناية ـ عن هذا التخريج ـ : ليس بشىء .

وفرق القاضى وعامة الأصحاب ـ على رواية تزويج أمتها ومعتقتها ـ بين تزويج

أمتها وتزويج نفسها وغيرها ، بأن التزويج على الملك لا يحتاج إلى أهلية الولاية . بدليل تزويج الفاسق مملوكته .

تنبيه : فعلى المذهب : يزوج أمتها بإذنها مَنْ يزوجها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يزوجها أيُّ رجل أذنت له ، هذا إذا كانت رشيدة .

فأما المحجور عليها : فيزوج أمتَهَا وليُّها فى مالها خاصة . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . وقطعوا به .

وعلى المذهب : إذا زوجها وليها بإذنها ، فلابد من نطقها بالإذن ، ثيباً كانت أو بكراً .

وعلى المذهب أيضاً : لو زوجت بغير إذن وليها ، فهو نكاح الفضولى . وفيه طريقان :

أحدهما : فيه الخلاف الذى فى تصرف الفضولى ، على ماتقدم فى كتاب البيع .

وتقدم : أن الصحيح من المذهب : البطلان . وهذه طريقة القاضى ، والأكثرين . وهى الصحيحة من المذهب .

والطريق الثانى : القطع ببطلانه .

وهى طريقة أبى بكر ، وابن أبى موسى .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على التفريق بين البيع والنكاح فى رواية ابن القاسم .

فعلى القول بفساد النكاح — وهو المذهب — لا يحل الوطء فيه . وعليه فراقها . فإن أبى ، فسخه الحاكم . فإن وطىء فلا حد عليه . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وقدمه فى الـكافى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وعنه : عليه الحد . وحكى عن ابن حامد . وأطلقهما فى الفائق .

فائدة : لو حكم بصحته حاكم : لم ينقض . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وصححه المجد فى شرحه .

وقيل : ينقض . خرجه القاضى .

وهو قول الاصطخرى من الشافعية .

وأطلقهما فى الفائق ، والفروع ، فقال : وهل يثبت بنص فينتقض حكم من حكم بصحته ؟ فيه وجهان . وفى الوسيلة روايتان .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى قوله ﴿ وعنه : لَهَا تَزْوِيجُ أَمَتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا ﴾ . أن المعتقة كالأمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال المصنف ، والشارح : وهو أصح . واختاره ابن أبى الحجر من أصحابنا . والشيخ تقى الدين رحمه الله .

وعنه : لا تلى نـكاح المعتقة . وأطلقهما فى الفروع .

فعلى الأولى : إن طلبت وأذنت زوَّجَتْها . فلو عَضَلت زوج وليها .

لـكن فى إذن السلطان وجهان فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : قاعدة المذهب تقتضى عدم إذنه .

وعلى الثانية : يزوجها بدون إذنها أقربُ عصبتها ، ثم السلطان . و يجبرها من يجبر سيدتها .

قلت : الأولى ـ على هذه الرواية ـ أن لاتجبر المعتقة الـكبيرة .

وقال فى الترغيب : المعتقة فى المرض ، هل يزوجها قريبها ؟ فيه وجهان .

قال الزركشى وقيل : يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التى أعتقتها .

قال : وهو بعيد وهو كما قال فى الـكبيرة .

وظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح : أنه ليس له ولاية إجبار فى تزويج المعتقة مطلقاً .

قوله ﴿ وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ : أَبُوهَا . ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلاَ . ثُمَّ ابْنُهَا . ثُمَّ ابْنُهُ ، وَإِنْ سَفُلَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يقدم الابن وابنه على الأب والجد .

ذكره ابن المنى فى تعليقه . وأخذه أبو الخطاب فى انتصاره من قول الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حنبل « العصبة فيه : مَنْ أحرزَ المال » .

وخرجه الشيخ تقى الدين رحمه الله من رواية تقديم الأخ على الجد . لاشتراكهما فى المعنى .

وعنه : يقدم الابن على الجد . اختاره ابن أبى موسى ، والشيرازى .

قال فى الفروع : وعنه ــ عليها ــ تقديم الأخ على الجد .

وعنه سواء . وذكر الزركشى رواية ثالثة بتقديم الجد على الأخ ، على هذه الرواية . وأطلقهن .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله وجهاً بتساوى الابن والأب والجد وابن الابن

وخرجه بعضهم من رواية استواء الأخ والجد .

قوله ﴿ ثُمَّ أَخُوهَا لِأَبَوَيْهَا . ثُمَّ لِأَبِيهَا ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب عند المتأخرين . اختاره جماعة ، منهم أبو بكر ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى العمدة . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : هما سواء . وهو المذهب عند المتقدمين . جزم به الخرقى ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الزركشى : وهو المذهب عند الجمهور ، والخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، وشرح ابن رزين ، وناظم المفردات . وهو منها .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى أولاد الإخوة من الأبوين والأب ، والأعمام من الأبوين والأب ، وأولادهم . وهلم جرا .

الثانية : لو كانا ابنى عم ، أحدهما أخ لأم : فحكمهما حكم الأخ من الأبوين والأخ من الأب ، على ما تقدم عند القاضى ، وجماعة من الأصحاب . وقدمه فى الرعاية .

وقال المصنف ، والشارح : هما سواء . ولامزية للأخوة من الأم . لانفرادها بالإرث .

وزاد قول القاضى . وهو كما قالا .

قوله ﴿ ثُمَّ المَوْلَى المنعِمُ . ثُمَّ عَصَبَاتُهُ ، الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يقدم أبو المعتقة على ابنها فى تزويج أمتها وعتيقتها . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قوله ﴿ ثُمَّ السُّلْطَانُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : من أسلمت على يد إنسان ، فهو أحق بتزويجها من السلطان .

فوائد

منها : السلطان هنا : هو الإمام أو الحاكم ، أو من فوض إليه . ذكره المصنف والشارح ، والزركشى ، وغيرهم .

وإذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه . قاله المصنف ، والشارح وغيرهم .

ومنها : قال الزركشى : المشهور أنه لا يزوج والى البلد . وهو إحدى الروايتين . واختاره القاضى ، وغيره .

وعنه : يزوج عند عدم القاضى .

لكن القاضى أبو يعلى حمل هذه الرواية على أنه إذا أذن له فى التزويج . والشيخ تقي الدين رحمه الله حملها على ظاهرها .

ومنها : قال الزركشى أيضاً : إذا لم يكن للمرأة ولى . فعنه ـ وهو ظاهر كلام الأصحاب ـ لابد من الولى مطلقاً .

حتى قال القاضى أبو يعلى الصغير ـ فى رجل وامرأة فى سفر ليس معهما ولى ولا شهود ـ لا يجوز أن يتزوج بها ، وإن خاف الزنا بها .

قلت : وليس بظاهر مع خوف الزنا .

وعنه : والى البلد أو كبيره يزوج . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى النظم .

قال فى الفروع : والصحيح ما نقل عن الإمام أحمد رحمه الله وغيره : يزوجها ذو السلطان فى ذلك المكان ، كالعَضْل . فإن تعذر ، وَكَّلت .

وعنه : ثم عَدْل . قدمه فى الرعاية .

تنبيه : قوله ﴿ فَأَمَّا الأَمَةُ : فَوَلِيُّهَا سَيِّدُهَا ﴾ .

هذا بلا نزاع . ولو كان فاسقاً ، أو مكاتباً .

وتقدم : أن لسيدها أن يجبرها إلا أن تكون مكاتبة . على الصحيح من المذهب .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ لِامْرَأَةٍ : فَولِيُّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ﴾ .

هذا مبنى على الصحيح من المذهب : أن المرأة لاعبارة لها فى النكاح .

وتقدم الخلاف فى ذلك قريباً .

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ فِى الوَلِيِّ : الْحُرِّيَّةُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية عبد الله ، وصالح ، وإسحاق بن هانىء . وعليه الأصحاب .

وقال فى الانتصار : ويحتمل أن يلى على ابنته . ثم جوزه بإذن سيده .

وذكر فى عيون المسائل احتمالاً بالصحة .

وقال فى الروضة : هل للعبد ولاية على قرابته ؟ فيه روايتان .

قال فى القواعد الأصولية : والأظهر أنه يكون ولياً .

قوله ﴿ وَالذُّكُورِيَّةُ ﴾ .

وهو أيضاً مبنى على الصحيح من المذهب .

وتقدم فى أول الفصل : هل لها تزويج نفسها أم لا ؟

قوله ﴿ وَاتِّفَاقُ الدِّينِ ﴾ .

يأتى بيان ذلك فى كلام المصنف قريباً عند قوله « ولا يلى كافر نكاح مسلمة . بحال وعكسه »

قوله ﴿ وَهَلْ يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ وَعَدَالَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

أما اشتراط البلوغ : فأطلق المصنف فيه الخلاف . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى .

إحداهما : يشترط بلوغه . نص عليه فى رواية ابن منصور ، والأثرم ، وعلى ابن سعيد ، وحرب . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى المذهب : يشترط بلوغه فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هذه الرواية هى المشهورة ، نقلا واختياراً . ويحتمله كلام الخرقى .

قال فى القواعد الأصولية : هذا المذهب . نص عليه . واختاره أبو بكر وغيره

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الكافى : وهو أولى .

والرواية الثانية : لا يشترط بلوغه .

فعليها : يصح تزويج ابن عشر .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا بلغ عشرا : زَوّج وتزوج . قدمه فى القواعد الأصولية . وعنه : اثنى عشر .

وأما اشتراط العدالة : فأطلق المصنف فيها روايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

إحداهما : يشترط عدالته . وهو المذهب .

قال فى المذهب : يشترط فى أصح الروايتين . وصححه ابن أبى موسى ، والأزجى ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن رزين ، والفروع .

والرواية الثانية : لا تشترط العدالة . فيصح تزويج الفاسق . وهو ظاهر كلام الخرقى . لأنه ذكر الطفل ، والعبد ، والكافر . ولم يذكر الفاسق .

فعلى المذهب : يكفى مستور الحال . على الصحيح من المذهب .

وحمل صاحب التصحيح كلام المصنف عليه .

وجزم به فى الكافى ، والمحرر ، والمنور ، وغيرهم .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : تشترط العدالة ظاهراً وباطناً . وهو ظاهر كلامه فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيه : محل الخلاف فى اشتراط العدالة : فى غير السلطان .

أما السلطان : فلا يشترط فى تزويجه العدالة . على الصحيح من المذهب .

وعليه جماهير الأصحاب .

وقدمه فى الفروع . وأجرى أبو الخطاب الخلاف فيه أيضاً .

فائدتان

إحداهما : اشترط فى المحرر ، والوجيز ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وغيرهم : الرشد فى الولى .

واشترط فى الواضح : كونه عارفاً بالمصالح ، لا شيخا كبيراً جاهلاً بالمصلحة .

وقاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله « الرشد » هنا : هو المعرفة بالكفء ومصالح النكاح . ليس هو حفظ المال . فإن رُشْدَ كل مقامٍ بحسبه .

واشترط فى الرعاية أن لايكون مفرطا فيها ، ولا مقصراً . ومعناه فى الفصول فإنه جعل العَضْل مانعاً ، وإن لم يفسق لعدم الشفقة . وشرط الولى الإشفاق.

الثانية : لا تزول الولاية بالإغماء والعمى . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح فى العمى . وقدمه فى الرعاية .

قلت : وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وقيل : تزول بذلك .

ولا تزول بالسفه ، بلا خلاف أعلمه .

وإن جن أحيانا ، أو أغمى عليه ، أو نقص عقله بنحو مرض ، أو أحرم : انتظر زوال ذلك . نقله ابن الحكم فى المجنون .

ولا ينعزل وكيلهم بطَرَيان ذلك .

وكذا إن أحرم وكيل ، ثم حل . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : فإن أغمى عليه ثلاثة أيام ، أو جن متفرقا ، أو نقص عقله بمرض أو غيره ، أو أحرم : فهل الأبعد أولى ، أو الحاكم ، أو هو فينتظر . فيبقى وكيله ؟ يحتمل أوجها . وكذا يخرج لو توكل المحِلُّ ثم أحرم . ثم حل . انتهى .

قوله ﴿ وَإنْ عَضَلَ الأَقْرَبُ زَوّجَ الأَبْعَدُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يزوج الحاكم . اختاره أبو بكر .

فائدة : « العضل » منع المرأة التزوج بكفؤها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل منهما فى صاحبه ، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه . قاله الأصحاب .

وتقدم « إذا اختارت كفؤاً واختار الولى غيره : أنه يقدم الذى اختارته . فإن امتنع من تزويجه : كان عاضلا » عند قوله « وللسيد تزويج إمائه » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : من صُور العضل : إذا امتنع الخُطّاب من خطبتها ، لشدة الولى .

قوله ﴿ وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً : زَوَّجَ الأَبْعَدُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يزوج الحاكم . ذكرها فى الرعايتين . والحاوى .

وخرجها أبو الخطاب من عَضْل الولى . وتابعه فى المحرر .

تنبيه : محل الخلاف : إذا كانت المرأة حرة .

فأما إن كانت أمة : فإن الحاكم هو الذى يزوجها .

قاله القاضى فى التعليق ، مدعياً أنه قياس المذهب .

وهو ظاهر كلام الخرقى ، حيث قال : زوجها من هو أبعد منه من عصبتها .

قوله ﴿ وَهِىَ مَالاَ يُقْطَعُ إلاَّ بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فِى ظَاهِرِ كَلاَمِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه فى رواية عبد الله .

واختاره المصنف ، والمجد ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقال الخرقى : ما لا يصل إليه الـكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، كمن هو فى أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوها .

قال الزركشى : وهذا يحتمل لبعده . وهو الظاهر .

ويحتمل : وإن كان قريباً . فيـكون فى معنى العاضل .

وبالجملة فقد أومأ الإمام أحمد رحمه الله إلى هذا فى رواية الأثرم . انتهى .

وقال القاضى : ما لا تقطعه القافلة فى السنة إلا مرة واحدة ، كسفر الحجاز .

وتبعه أبو الخطاب فى خلافه . وجزم به ابن هبيرة فى الإفصاح .

وعن الإمام أحمد رحمه الله : إذا كان الأب بعيد السفر : زَوَّج الأبعد .

قال المصنف هنا : فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصـلاة . وكذا قال أبو الخطاب .

قال فى المستوعب : وحَدَّها أبو الخطاب بما جعله الشرع بعيداً .

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب : إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأخ .

قال الزركشى، وقيل : يكتفى بمسافة القصر . لأن الإمام أحمد رحمه الله اعتبر البعد فى رواية أبى الحرث ، وأطلق . انتهى .

وقيل : ماتستضر به الزوجة . اختاره ابن عقيل . قاله فى المستوعب .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : مايفوت به كفء راغب .

قلت : وهو قوى أيضاً .

فائدة : من تعذرت مراجعته ـ كالمأسور ، والمحبوس ـ أو لم يعلم مكانه : فحكمه حكم البعيد . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى الكافى : إن لم يعلم وجود الأقرب بالكلية ـ حتى زوج الأبعد ـ يخرج على وجهين ، من انعزال الوكيل قبل علمه .

قال بعض الأصحاب : وفيه نظر . لأن الوكيل تثبت له ولاية التصرف قبل العزل ظاهراً وباطناً ، بخلاف هذا .

وقال الزركشى : ظاهر كلام الخرقي : أن شرط تزويج الأبعد: الغيبة المذكورة فلو لم يعلم : أقريب هو ، أم بعيد ؟ لم يزوج الأبعد . وهو ظاهر إطلاق غيره .

وقال أبو محمد فى المغنى : يزوج الأبعد والحال هذه .

وكذلك إذا علم أنه قريب ، ولكن لايعلم مكانه . وهو حسن . مع أن كلام الخرقى لايأباه . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكذلك لو كان الولى مجهولا لا يعلم أنه عصبة ، ثم عرف بعد العقد .

وكذا قال ابن رجب : لو زُوجت بنت الملاعنة ، ثم استلحقها الأب .

قال فى القواعد الأصولية : لو لم يعلم وجود الأقرب ، حتى زوج الأبعد : خرجها فى الـكافى على روايتى انعزال الوكيل قبل علمه بالعزل .

ورجح أبو العباس ، وشيخنا ـ يعنى به ابن رجب ـ الصحة هنا .

وقد يقال : كلام صاحب الـكافى ليس فى هذه الصورة . لأنه لم يذكر الخلاف إلا فيما إذا كان الأقرب فاسقاً ، أو مجنوناً . وعادت ولايته بزوال المانع . فزوج الأبعد من غير علم بعود ولاية الأقرب .

وإذا لم يعلم الولى بالأقرب بالـكلية لم يتعرض لها .

وقد يفرق بينهما بأن النسيب الأقرب ـ إذا لم يعلم ـ لم ينسب الأبعد إلى تفريط . فهو غير مقدور على استئذانه . فسقط الاستئذان بعدم العلم .

فالأبعد حينئذ غير منسوب إلى تفريط ، بخلاف ما إذا كان الأقرب فيه مانع وزال . فإن الأبعد ينسب إلى تفريط ، إذا كان يمكنه حال العقد معرفة حال الأقرب . انتهى .

قوله ﴿ وَلَا يَلِى كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ﴾ .

يعنى : لا يكون ولياً لها ﴿ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ فِى وَجْهٍ ﴾

وهذا الوجه هو المذهب . جزم به فى الإيضاح ، والوجيز ، والنظم ، وغيرهم .

واختاره أبو الخطاب فى الانتصار[1] ، وابن البنا فى خصاله . وهو ظاهر ماجزم به فى الفروع ، فإنه قال : وَلَا يَلِى كَافِرٌ نِـكَاحَ مُسْلِمَةٍ ، غير نحو أم ولد .

وقيل : لا يليه . اختاره الخرقى ، والمصنف ، والشارح ، وابن نصر الله فى حواشيه ، وغيرهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

---

(١) فى نسخة طلعت « فى خلافه »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ـ بل هو كالصريح فى ذلك ـ أن الذمى لايلى نـكاح مكاتبته ومدبرته . وهو أحد الوجهين .

والخلاف هنا كالخلاف فى أم الولد ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلامه فى الفروع . وقد تقدم لفظه .

وظاهر كلام المصنف : الفرق بين أم الولد و بين المـكاتبة والمدبرة .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . وغيرهم . لـكن لم أر قولا صريحاً بالفرق .

وظاهر كلام المصنف أيضاً ـ أو صريحه ـ : أنه لا يلى نكاح ابنته المسلمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وذكره ابن عقيل فى ولاية فاسق يليه عليها . وذكره ابن رزين . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى .

فعلى القول بأنه يليه : فهل يباشره ويعقده بنفسه ؟ أو يباشره مسلم بإذنه . أو يباشره حاكم بإذنه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

إحداهن : يباشره بنفسه . وهو الصحيح . صححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم . وقاله الأزجى . وهو كالصريح فى كلام المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين . وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه .

الثانى : يعقده مسلم بإذنه .

والثالث : يعقده الحاكم بإذنه .

قال فى الرعاية الـكبرى : وهو أولى .

نقل حنبل : لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نـكاح مسلمة .

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه . ذكره فى الرعاية الصغرى .

قوله ﴿ وَلِي الذمِّيِّ نِكَاحَ مُولِيَّتِهِ الذمِّيَّةِ مِنَ الذمِّيِّ ﴾ .

هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب . ولم يفرقوا بين اتحاد دينهم أو تباينه .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله – فى جواز كون النصرانى يلى نكاح اليهودية وعكسه – وجهين ، من توارثهما وقبول شهادة بعضهم على بعض . بناء على أن الكفر : هل هو ملة واحدة ، أو ملل مختلفة ؟ فيه الخلاف المتقدم فى باب ميراث أهل الملل .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ مُسْلِمٍ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

أحدهما : يليه . أعنى : يكون وليا . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والرعاية الصغرى .

والوجه الثانى : لايليه . نص عليه فى رواية حنبل .

واختاره ابن أبى موسى ، والقاضى فى التعليق ، والجامع ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى . بل اختاره القاضى وأصحابه .

قاله ناظم المفردات .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وناظم المفردات . وهو منها .

قلت : ينبغى أن يكون هذا المذهب ، للنص عن الإمام .

فعلى المذهب : له أن يباشر التزويج ، و يعقد النكاح بنفسه . على الصحيح كما تقدم . صححه فى المغنى ، والنظم ، والشرح .

وهو كالصريح فى كلام المصنف هنا .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : يباشره ، و يعقده مسلم بإذنه .

وقيل : يباشره الحاكم بإذنه .

وأطلقهن فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يعقده الحاكم بغير إذنه كما تقدم فى التى قبلها . فإنهما فى الحكم سواء .

وعلى الوجه الثانى : لايلى مالها ، على قياسه . قاله القاضى .

وقال فى الانتصار فى شهادتهم : يلى مالها ، على قياسه .

وفى تعليق ابن المنى فى ولاية الفاسق : لايلى على مالها كافر ، إلا عدل فى دينه . ولو سلمناه ، فلئلا يؤدى إلى القدح فى نسب نبى ، أو ولى . ويدل عليه ولاية المال .

فائدة : يشترط فى الذمى ، إذا كان ولياً : الشروط المعتبرة فى المسلم .

قوله ﴿ وَإِذَا زَوَّجَ الأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لِلأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِيٌّ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وعنه : يَصِحّ وَيقِفُ عَلَى إجازَةِ الْوَلِيّ . ولا نظر للحاكم ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : إن كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولى بالإجازة . فإن أجازه ، وإلا صار عاضلا ، فيجيزه الحاكم .

أجاب به المصنف . قال الزركشى : وفيه نظر .

واعلم أن هاتين المسألتين وأشباههما : حكمهما حكم بيع الفضولى ، على ماتقدم فى باب البيع . ذكره الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : لو تزوج الأجنبى لغيره بغير إذنه . فقيل : هو كفضولى . فيه الخلاف المتقدم .

وقيل: لا يصح هنا . قولا واحداً ، كذمته .

قلت : وهى بمسألة الفضولى أقرب . فتلحق بها .

وأطلقهما فى المستوعب ، والفروع .

وعلى كلا الطريقين : لا يصح النكاح ، على الصحيح .

الثانية : لو زوج الولى موليته ـ التى يعتبر إذنها ـ بغير إذنها . فهو كزواج الأجنبى بغير إذن الولى . قاله فى المستوعب ، وغيره .

قوله ﴿ وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ﴾ .

الصحيح من المذهب : جواز الوكالة فى النكاح ، وجواز توكيل الولى ، سواء كان مجبراً أو غير مجبر ، أباً كان أو غيره ، بإذن الزوجة و بغير إذنها . وهو ظاهر المصنف هنا .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، ونصراه .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، فى هذا الباب .

وقدمه فى المحرر ، فى باب الوكالة ، والنظم ، والفائق .

قال الزركشى : هذا اختيار الشيخين ، وغيرهما .

وقيل : لا يوكل غير مجبر بلا إذنها ، إلا الحاكم . وقدمه في الفروع ، فى باب الوكالة ، فتناقض .

وخرّج القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : هذه على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير إذن الموكل ، وقالا : من لا يجوز له الإجبار يكون كالوكيل فى التوكيل . ورده المصنف ، والشارح .

وقال فى الترغيب : لو منعت الولى من التوكيل : امتنع . ورده المصنف أيضاً وغيره .

وقيل : لايوكل مجبر أيضاً بلا إذنها ، إن كان لها إذن معتبرة ذكره فى الرعايتين .

فوائد

الأولى : يجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً .

فالمطلق : مثل أن يوكله فى تزويج من يرضاه ، أو من يشاء ونحوهما .

والمقيد : مثل أن يوكله فى تزويج رجل بعينه ونحوه.

وهذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى . والفروع .

وقيل : يعتبر التعيين لغير المجبر .

وقيل : يعتبر التعيين للمجبر وغيره .

الثانية : ما قاله المصنف والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم : أنه يثبت للوكيل مثل مايثبت للموكل . فإن كان له الإجبار : ثبت لوكيله . وإن كانت ولايته ولاية مراجعة : احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها فى زواجها . لأنه نائب عنه . فيثبت له مثل مايثبت لمن ينوب عنه .

وكذا الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج . فيكون المأذون له قائماً مقامه .

وقال المصنف ، والشارح فى باب الوكالة : والذى يعتبر إذنها فيه للوكيل : هو غير مايوكل فيه الموكل . بدليل أن الوكيل لايستغنى عن إذنها فى التزويج . فهو كالموكل فى ذلك .

وتقدم التنبيه على ذلك فى باب الوكالة .

الثالثة : يشترط فى وكيل الولى مايشترط فى الولى نفسه . على الصحيح من المذهب . فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقاً ونحوه . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يصح توكيل فاسق وعبد وصبى مميز .

ولا يشترط فى وكيل الزوج عدالته . على الصحيح من المذهب .

اختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم .

وقدمه فى المغنى والشرح ، وقالا : هو أولى . وهو القياس . وهو ظاهر كلام طائفة من الأصحاب . وقدمه فى الكافى .

وقيل : تشترط عدالته . اختاره القاضى . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، والرعاية الكبرى .

قال فى التلخيص : اختاره أصحابنا ، إلا ابن عقيل .

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وقد تقدم ذلك فى أوائل باب الوكالة .

الرابعة : يتقيد الولى ووكيله المطلق بالكفء إن اشترطت الكفاءة .

ذكره فى الترغيب .

الخامسة : ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها لنفسه . فإن فعل فهو كتزويج الفضولى على ماتقدم .

قال فى القاعدة السبعين : ليس له ذلك على المعروف من المذهب .

وحكى ابن أبى موسى : أنه إن أذن له الولى فى التوكل ، فوكل غيره فزوجه : صح . وكذا إن لم يأذن له ، وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً .

وأما من ولايته بالشرع — كالولى والحاكم وأمينه — فله أن يزوج نفسه . ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال .

ذكره القاضى فى خلافه . وألحق الوصى بذلك .

قال فى القواعد الأصولية والفقهية : وفيه نظر . فإن الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن .

قال : وسـواء فى ذلك اليتيمة وغيرها . صرح به القاضى فى ذلك . وذلك حيث يكون لها إذن معتبر . انتهى .

ويجوز تزويج الوكيل لولده .

السادسة : يعتبر أن يقول الولى ، أو وكيله ، لوكيل الزوج « زوجت فلانة لفلان » أو « زوجت موكلك فلاناً فلانة » ولا يقول « زوجتها منك » ويقول الولى « قبلت تزويجها ، أو نـكاحها لفلان » فإن لم يقل « لفلان » فوجهان فى الترغيب . وتابعه فى الفروع .

وقال فى الرعاية : إن قال « قبلت هذا النكاح » ونوى أنه قبله لموكله ، ولم يذكره : صح .

قلت : يحتمل ضده . بخلاف البيع . انتهى .

وتقدم ذلك أيضاً فى أوائل باب الوكالة .

قوله ﴿ وَوَصِيُّهُ فِى النِّـكَاحِ بِمَنْزِلَتِهِ ﴾ .

فتستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نص على التزويج ، كالأب . صرح به فى الكافى وغيره .

ويجبر من يجبره الموصى . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقى ، والقاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمصنف ، والشارح . وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحـاوى ، والفروع ، والزركشى ، والنظم . وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب فيهما .

وقيل : ليس له أن يجبر . فلا يزوج من لا إذن لها . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . قاله فى الفروع .

وعنه : لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية . اختاره أبو بكر . قاله الزركشى ، كالحضانة . قاله فى المغنى ، والكافى .

ومال ابن نصرالله ـ فى حواشى الفروع ـ إلى صحة الوصية بالحضانة .

وأخذ من تعليل المصنف أيضاً .

وعنه : لاتستفاد بالوصية ، إذا كان للموصى عصبة . حكاها القاضى فى الجامع الكبير . واختاره ابن حامد .

وتقدم التنبيه على ذلك فى أثناء باب الموصى إليه .

فائدتان

إحداهما : هل يسوغ للموصى الوصية به ، أو يوكل فيه ؟

قال فى الترغيب : فيه الروايتان المتقدمتان .

وقال فى النوادر : ظاهر المذهب جوازه .

وتقدم فى باب الموصى إليه « هل للوصى أن يوصى أم لا ؟ » وفى باب الوكالة « هل له أن يوكل أم لا ؟ » .

الثانية : حكم تزويج صبى صغير بالوصية حكم تزويج الأنثى بها . على الصحيح من المذهب . جزم به فى النوادر . وقاله فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . أعنى : إذا أوصى إليه أن يزوجه : هل له أن يجبره ؟

قال الخرقى : ومن زوج غلاماً غير بالغ ، أو معتوها : لم يجز ، إلا أن يزوجه والده ، أو وصى ناظر له فى التزويج . وجزم به الزركشى .

قال فى الفروع : وظاهر كلام القاضى ، وصاحب المحرر : للوصى مطلقاً تزويجه .

يعنى : سواء كان وصيا فى التزويج ، أو فى غيره .

وجزم به الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وأنه قولها : أن وصى المال يزوج الصغير قال فى الفروع : والأول أظهر ، كما لا يزوج الصغيرة .

وقال فى الرعاية الـكبرى : يزوجه ويجبره ـ بعد أبيه ـ وصيُّه .

وقيل : ثم الحاكم .

قلت : بل بعد الأب . وهو أظهر . انتهى .

وتقدم « هل لسائر الأولياء ، غير الأب والوصى ، تزويجه أم لا ؟ » بعد قوله « ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها »

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لاخيار للصبى إذا بلغ . وهو كذلك .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب .

وقال القاضى : وجدت فى رقعة بخط أبى عبد الله جواب مسألة « إذا زوج الصغير وصيه : ثبت نكاحه ، وتوارثا . فإن بلغ فله الخيار » انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا اسْتَوَى الأَوْلِيَاءُ فِى الدَّرَجَةِ : صَحَّ التَّزْوِيجُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَالأَوْلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِمْ ، ثُمَّ أَسَنِّهِمْ ﴾ ثم يقرع .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز . وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الرعاية : قُدم الأفضل فى العلم والدين والورع ، والخبرة بذلك ، ثم الأسن . ثم من قَرع . انتهى .

وقال ابن رزين فى مختصره : يقدم الأعلم ، ثم الأسن ، ثم الأفضل ، ثم القرعة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : يقتضى أنه لاأثر للسن هنا . وأصحابنا قد اعتبروه .

قوله ﴿ فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ . فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، فَزَوَّجَ : صَحَّ فِى أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والحاوى . وهو المذهب .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : صح فى أصح الوجهين .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : صح فى الأصح .

قال الناظم : هذا أظهر الوجهين .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وغيرهم .

والوجه الثاني : لايصح . ذكره أبو الخطاب ومن بعده .

تنبيه : محل الخلاف : إذا أذنت لهم .

فأما إن أذنت لواحد منهم : تعين . ولم يصح نكاح غيره .

جزم به فى الفروع ، وغيره من الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : وعنه إن أجازه من عينته : صح . وإلا فلا .

فائدة : قال الأزجى فى النهاية : وإذا استوت درجة الأولياء ، فالولاية ثابتة لكل واحد منهم على الكمال والاستقلال .

فعلى هذا : لو عضل الكل أثموا . ولو عضل واحد منهم : دُعى إلى النكاح. فإن لم يُجب ، فهل يعصى ؟ ينبنى هذا على الشاهد الذى لم يتعين : هل يعصى بالامتناع ؟ والأصح : أنه لا يحكم بالعصيان . لأن امتناعه لا تأثير له فى توقف النكاح بحال . إذ غيره يقوم مقامه .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ اثْنَانِ ، وَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ : فُسِخَ النِّكَاحَانِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره أبو بكر فى خلافه ، والمصنف فى المغنى .

فعلى هذا : يفسخه الحاكم . على الصحيح من المذهب .

وقاله القاضى فى المجرد ، والتعليق ، والجامع الصغير ، وابن الزاغونى ، وأبوالخطاب والمصنف ، والمجد ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : هذا المشهور .

وقال القاضى أيضاً فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : يفسخه كل واحد من الزوجين ، أو من جهة الحاكم .

وهو صريح فى أن للزوجين الفسخ بأنفسهما .

وقاله فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

ويحتمله كلام المصنف هنا .

قال الزركشى : ولعلهم أرادوا بإذن الحاكم .

وعن أبى بكر يطلقانها . حكاه عنه ابن شاقلا .

قلت : هذا أحوط .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : فعلى هذا : هل ينقص هذا الطلاق العدد ، لو تزوجها بعد ذلك ؟ ينبغى أن لايكون كذلك . لأنه لايتيقن وقوع الطلاق به .

وعنه : النكاح مفسوخ بنفسه . فلا يحتاج إلى فاسخ . ذكره فى النوادر .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية ابن منصور : ماأرى لواحد منهما نكاحاً .

وقدمه فى التبصرة .

وقال ابن أبى موسى : يبطل النكاحان . وهو أظهر ، وأصح .

والرواية الثانية من أصل المسألة : يقرع بينهما . اختارها النجاد . والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازى .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والزركشى .

فعلى هذه الرواية : من قَرَع منهما جدد نكاحه بإذنها . كما قاله المصنف هنا .

وهو الصحيح .

جزم به فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال الزركشى : قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد : من خرجت له القرعة جدد نكاحه .

وعنه : هى للقارع من غير تجديد عقد . اختاره أبو بكر النجاد . ونقله ابن منصور . قاله فى الفروع .

قال الزركشى : هذا ظاهر كلام الجمهور : ابن أبى موسى ، والقاضى ، وأصحابه .

وصرح به القاضى فى الروايتين ، وابن عقيل .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والقواعد .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ومال إليه فى القواعد الفقهية .

لكن اختلف نقل الزركشى وصاحب الفروع عن أبى بكر النجاد . كما ترى .

وأطلق الروايتين فى الفروع ، والمذهب .

فعلى القول بأنه يجدد نكاحه ، قال المصنف : ينبغى أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت له القرعة ، بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وليس هذا بالجيد . فإنا ـ على هذا القول ـ إذا أمرنا المقروع بالفرقة ـ وقلنا : لها أن لا تزوج القارع ـ خلت منهما . فلا يبقى بين الروايتين فرق . ولا يبقى للقرعة أثر أصلا . بل تكون لغواً . وهذا تخليط .

وإنما ـ على هذا القول ـ يجب أن يقال : هى زوجة القارع ، بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ، ولو مات ورثته . لكن لا يطؤها حتى يجدد العقد . فيكون تجديد العقد لحل الوطء فقط . هذا قياس المذهب .

أو يقال : إنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد . ويكون التجديد واجباً عليه وعليها ، كما كان الطلاق واجباً على الآخر . وليس فى كلام الإمام أحمد رحمه الله

تعرض للطلاق . ولا لتجديد الآخر النكاح . فإن القرعة جعلها الشارع حجة و بينة تفيد الحل ظاهراً ، كالشهادة والنكول ، ونحوهما . انتهى .

وعلى رواية : أنه يقرع بينهما أيضاً : يعتبر طلاق صاحبه . على الصحيح ، كما قاله المصنف . فإن أبى طلق الحاكم عليه .

قال فى الفروع : وعلى الأصح . ويعتبر طلاق صاحبه . فإن أبى فحاكم .

واختاره النجاد ، والقاضى ـ فى الروايتين ، والجامع ، والخلاف ـ وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وغيرهم .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال ابن خطيب السلامية فى نكته : وهذا أقرب .

قال فى القواعد : وفى هذا ضعف .

فإن طلق قبل الدخول ، فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ، ويعين بالقرعة ، أم لا يجب لها شىء ؟ على وجهين .

وحكى عن أبى بكر أنه اختار : أنه لاشىء لها . وبه أفتى أبو علي النجاد . ذكره فى آخر القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة .

وعنه : لا يؤمر بالطلاق . ولا يحتاج إليه . حكاها ابن البناء وغيره .

وقدمه فى القواعد ، وقال : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية حنبل ، وابن منصور . انتهى .

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل .

وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى .

وقدمه الزركشى . وأطلقهما فى المستوعب .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وعنه : من قرع فهو الزوج ، وفى اعتبار طلاق الآخر وجهان .

وقيل : روايتان .

وقيل : من قرع جدد عقداً بإذنها . وطلق الآخر مجاناً . فإن أبى طلق عليه الحاكم . قال فى الكبرى : فى الأصح .

قال فى القواعد : قال طائفة من الأصحاب : يجدد الذى خرجت له القرعة النكاح ، لتحل له بيقين .

وحكاه القاضى فى كتاب الروايتين عن أبى بكر أحمد بن سليمان النجاد . ثم رده بأنه لايبقى حينئذ معنى للقرعة .

فوائد

الأولى : إذا جهل أسبق العقدين . ففيه مسائل .

منها : إذا علم عين السابق ثم جهل . فهذه محل الخلاف السابق .

ومنها : لو علم السبق ونسى السابق ، فالصحيح من المذهب : إجراء الخلاف فيها كالتى قبلها . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : لا إشكال فى جريان الروايتين فى هذه الصورة .

وكذلك قال فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : يقف الأمر حتى يتبين . اختاره أبو بكر ، وابن حمدان فى الرعاية الكبرى .

فرع : لو أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والنظم : لم يقبل على الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم . وعنه : يقبل .

ومنها : لو جهل كيف وقعا ؟ .

فقيل : هى على الروايتين . وهو الصحيح . واختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، وصاحب المستوعب ، وغيرهم .

قال الزركشي : واختاره القاضي فيما أظن .

وعند القاضي فى التعليق الكبير : يبطلان على كل حال .

وكذا قال ابن حمدان فى الرعايتين ، إلا أنه حكى فى الكبرى قولا بالبطلان ظاهراً و باطناً .

ومنها : لو جهل وقوعهما معاً ، فهى على الروايتين . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يبطلان .

ومنها : لو علم وقوعهما معاً : بطل . على الصحيح من المذهب .

وقطع به أبو الخطاب ، وابن البناء ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وذكر القاضي ، فى كتاب الروايتين : أنه يقرع بينهما على رواية الإقراع .

وذكره فى خلافه احتمالا .

قال المجد فى شرح الهداية : ولا أظن هذا الاحتمال إلا خلاف الإجماع . انتهى

قال ابن بردس — شيخ شيخنا — قال شيخنا أبو الفرج — فيمن تزوج أختين فى عقد — : يختار إحداهما . وهذا يعضد ماقاله القاضي . انتهى .

الثانية : إذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق ، فلا صداق عليه . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

الثالثة : لو فسخ النكاح أو طلقها ، فقال أبو بكر : لامهر لها عليهما . حكاها عنه ابن شاقلا ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقاله القاضي فى المجرد ، وابن عقيل .

وأفتى به النجاد . حكاه عنه أبو الحسن الخرزى .

وحكاه رواية فى الفروع وغيره .

ونقل مهنا : لها نصف الصداق يقترعان عليه . وهو المذهب . نص عليه .

وقدمه فى الفروع ، فقال : ونصه لها نصف المهر يقترعان عليه .

وعنه : لا . انتهى .

وظاهر المغنى ، والشرح : إطلاق الروايتين .

وحكى فى القواعد فى وجوب نصف المهر على من خرجت له القرعة وجهين .

الرابعة : لو ماتت المرأة قبل الفسخ والطلاق ، فلأحدهما نصف ميراثها . فيوقف الأمر حتى يصطلحا . قدمه فى الشرح .

وقيل : يقرع بينهما . فمن قرع : حلف وورث .

قلت : هذا أقرب . وهما احتمالان فى المغنى .

لكن ذكر على الثانى : أنه يحلف .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب .

أما الأول : فلأنا لا نقف الخصومات قط .

وأما الثانى : فكيف يحلف من قال « لا أعرف الحال » ؟

و إنما المذهب ـ على رواية القرعة ـ أيهما قرع : فله الميراث بلا يمين .

وأما على قولنا « لا يقرع » فإذا قلنا : إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة ، فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة . بطريق الأولى .

وأما إن قلنا « لا مهر لها » فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً . انتهى .

الخامسة : لو مات الزوجان : كان لها ربع ميراث أحدهما . فإن كانت قد أقرت بسبق أحدهما : فلا ميراث لها من الآخر . وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له .

فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً : دفع إليها ربع ميراثها .

و إن لم يكن ادعى ذلك ، وأنكر الورثةُ : فالقول قولهم مع أيمانهم . فإن نكلوا ، قضى عليهم .

و إن لم تكن أقرت بسبق أحدهما : احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما

وتبرأ . واحتمل أن يقرع بينهما . فمن خرجت قرعته : فلها ربع ميراثه .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

ونقل حنبل : فى رجل له ثلاث بنات . زوج إحداهن من رجل . ثم مات الأب ، ولم يعلم أيتهن زَوَّج ؟ يقرع بينهن . فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته . وإن مات الزوج : كانت هى الوارثة .

قال فى القواعد ــ عن الوجه بالقرعة ــ : يتعين القول به ، فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال . ويشهد له نص الإمام أحمد ــ فى رواية حنبل ، وغيره ــ وذكره .

السادسة : لو ادعى كل واحد منهما : أنه السابق . فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما ــ وقلنا بوجوب المهر ــ وجب على المقر له دون صاحبه . لإقراره لها به . وإقرارها ببراءة صاحبه .

وإن ماتا : ورثت المقر له دون صاحبه لذلك .

وإن ماتت هى قبلهما : احتمل أن يرثها المقر له ، كما ترثه . واحتمل أن لايقبل إقرارها له ، كما لم تقبله فى نفسها . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته : فهو كما لو أقرت له فى حياته . وليس لورثة واحد منهما الإنكار لاستحقاقها .

وإن لم تقر لواحد منهما : أقرع بينهما . وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه .

وإن كان أحدهما قد أصابها ، وكان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما : فلها المسمى . لأنه مقر لها به . وهى لاتدعى سواه .

وإن كانت مقرة لآخر : فهى تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى . فإن استويا ، أو اصطلحا : فلا كلام .

وإن كان مهر المثل أكثر : حلف على الزائد وسقط .

وإن كان المسمى لها أكثر : فهو مقر لها بالزيادة ، وهى تنكرها . فلا تستحقها .

فائدة : قوله ﴿ وَإذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أَمَتِهِ : جَازَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَي العَقْدِ ﴾ بلا نزاع .

وكذا أيضاً : لو زوج بنته المجبرة بعبده الصغير ، وقلنا : يصح . وهو الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح تزويج عبده بابنته .

وكذا لو زوج وصى فى نكاح صغير بصغيرة تحت حجره .

وقيل : يختص الجواز بما إذا زوج عبده بأمته .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ وَلِيُّ المَرْأَةِ ـ مِثْلُ ابْنِ العَمِّ وَالمَوْلَى وَالحَاكِمِ ـ إذَا أَذِنَتْ لَهُ فِي نِكَاحِهَا ﴾ .

يعنى : أنه يجوز له أن يتولى طرفى العقد . وهذا المذهب .

اختاره القاضى فى المجرد ، والجامع الصغير ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : لا يجوز حتى يوكل غيره فى أحد الطرفين بإذنها . قاله فى المنور .

اختاره الخرقى ، وأبو حفص البرمكى ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى تعليقه ، والشريف ، وأبو الخطاب ـ فى خلافيهما ـ وقدمه ابن عقيل فى الفصول .

قال فى المذهب : لم يصح فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هذه الرواية أشهرهما وأنصهما . نص عليه فى رواية ثمانية من أصحابه . وجزم به فى المنور .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

وقيل : يجوز تولى طرفيه لغير زوج .

وقيل : لايجوز إلا إذا كان الولى هو الإمام . ذكره أبو حفص البرمكى .

قال ابن عقيل : متى قلنا لايصح من الولى تولى طرفى العقد : لم يصح عقد وكيله له ، إلا الإمام، إذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى . فإنه يتزوجها بولاية أحد نوابه . لأنهم نواب عن المسلمين ، لا عنه . انتهى .

وأطلق فى الترغيب روايتين فى تولى طرفيه . ثم قال ، وقيل : تولى طرفيه يختص بالمجبر .

فائدتان

إحداهما : من صور تولى الطرفين : لو وكل الزوج الولى ، أو الولى الزوج . أو وكّلا واحداً .

فعلى المذهب ــ وهو جواز تولى الطرفين ــ يكفى قوله « زوجت فلانا فلانة » أو « تزوجتها » إن كان هو الزوج . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، والزركشى ، وقال : هو المشهور من الوجهين .

وقيل : يعتبر إيجاب وقبول . جزم به فى ،بلغة ، فيقول « زوجت نفسى فلانة » و « قبلت هذا النكاح » ونحوه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لايجوز لولى المجبرة ــ كبنت عمه المجنونة ، وعتيقته المجنونة ــ نكاحها بلا ولى غيره ، أو حاكم . ذكره فى المحرر ، وغيره .

قال الزركشى : لايجوز بلا نزاع .

وقال فى الرعاية : كبنت عمه المجنونة .

وقيل : وعتيقته المجنونة .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكِ وَجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

قال الزركشى : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . والمشهور عنه . رواه عنه اثنى عشر رجلاً من أصحابه . منهم ابناه : عبد الله ، وصالح . ومنهم الميمونى ، والمروذى ، وابن القاسم ، وحرب .

وهو المختار لجمهور الأصحـاب : الخرقى ، وأبو بكر ، والشريف أبو جعفر ، والقاضى فى موضع .

قال فى التعليق : هو المشهور من قول الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وجزم به فى الإرشاد ، والوجيز ، والعمدة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والقواعد الفقهية ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها . فإن أبت ذلك فعليها قيمتها . اختاره ابن حامد ، والقاضى فى خلافه ، وروايتيه ، وأبو الخطاب فى كتبه الثلاثة ، وابن عقيل فى الفصول ، وقال : إنه الأشبه بالمذهب .

وصححه فى المذهب ، والخلاصة .

قال ابن رجب فى قواعده : فمنهم من مأخذُه انتفاء لفظ النكاح الصريح . وهو ابن حامد . ومنهم من مأخذُه انتفاء تقدم الشرط .

فعلى الرواية الثانية : يكون مهرها العتق .

وقيل : بل مهر المثل . ذكره فى الرعاية .

فعلى المذهب : يصح عقد النكاح منه وحده .

وقال ابن أبى موسى : إحدى الروايتين أنه يستأنف العقد عليها بإذنه دون

إذنها ورضاها . لأن العقد وقع على هذا الشرط . فيوكل من يعقد له النكاح بأمره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو حسن .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله . فى رواية المروذى يدل عليه لمن تامله .

فوائد

الأولى : لهذه المسألة صور .

منها : ماذكره المصنف هنا . ونقله صالح وغيره .

ومنها : لو قال « جعلت عتق أمتى صداقها » أو « جعلت صداق أمتى عتقها » أو « قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها » أو « أعتقتها على أن عتقها صداقها » أو « أعتقتك على أن أتزوجك وعتقك صداقك » نص عليهما . وهذا المذهب فى ذلك كله . لكن يشترط أن يكون متصلاً بذلك . نص عليه ، وأن يكون بحضرة شاهدين ، إن اشترطناهما .

وقال ابن حامد : لايصح ذلك إلا مع قوله أيضاً « وتزوجتها » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه أن لايصح العتق ، إذا قال « جعلت عتقك صداقك » فلم تقبل . لأن العتق لم يصر صداقاً . وهو لم يوقع غير ذلك .

ويتوجه أن لايصح ، وإن قبلت . لأن هذا القبول لايصير به العتق صداقاً . فلم يتحقق ماقال .

ويتوجه فى قوله « قد أعتقتها ، وجعلت عتقها صداقها » أنهـا إن قبلت : صارت زوجة ، وإلا عتقت مجاناً ، أو لم تعتق بحال . انتهى .

الثانية : قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا : رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا ﴾ بلا نزاع .

ونقله الجماعة . لكن إذا لم تكن قادرة . فهل ينتظر القدرة ، أو يستسعى ؟ فيه روايتان منصوصتان .

وأطلقهما فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال القاضى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح : أصلهما المفلس إذا كان له حرفة : هل يجبر على الاكتساب ؟ على الروايتين فيه .

وتقدم فى باب الحجر : أن الصحيح من المذهب : أنه يجبر . فيكون الصحيح هنا أنها تستسعى .

الثالثة : لو أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها بسؤاله أوّلاً : عتق مجاناً .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى الفصل الأول من كتاب الصداق .

وإن قال « أعتق عبدك عني على أن أزوجك ابنتى ، أو أمتى » ففعل : عتق . ولزمه قيمته . لأن الأموال لايستحق العقد عليها بالشرط .

قال القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح وغيرهم : لأنه سلف فى نكاح .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه صحة السلف فى العقود ، كما يصح فى غيره . ويصير العقد مستحقاً على المستسلف إن فعل ، وإلا قام الحاكم مقامه . ولأن هذا بمنزلة الهبة المشروط فيها الثواب .

الرابعة : المكاتبة والمدبرة ، والمعلق عتقها بصفة : كالقِنّ فى جعل عتقهن صداقهن .

ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما من الأصحاب . لأن أحكام الرق ثابتة فيهن كالقن .

وذكر أبو الحسين احتمالا فى المكاتبة : أنه لايصح بدون إذنها .

قال العلامة ابن رجب : وهو الصحيح . لأن الإمام أحمد رحمه الله نص فى رواية المروذى : أنها لا تجبر على النكاح .

وأما المعتق بعضها : فصرح القاضى فى المجرد بأنها كالقن فى ذلك . وتبعه ابن عقيل ، والحلوانى .

وأما أم الولد : فقطع القاضى فى المجرد ، والجامع ، وابن عقيل والأكثرون أنها كالقن . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية الأثرم . فإنه قال — فى رجل : يعتقها ويتزوجها ؟ — فقال : نعم يعتقها ويتزوجها . لأن أحكامها أحكام الإماء .

وهذا العتق المعجل ليس هو المستحق بالموت .

ولهذا يصح كتابتها على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح جعل عتقها صداقها .

وصرح به القاضى على ظهر خلافه ، معللا بأن عتقها مستحق عليه . فيكون الصداق هو تعجيله . وذلك لا يكون صداقا .

قال الخلال : قال هارون المستملى لأحمد : أم ولد أعتقها مولاها ، وأشهد على تزويجها ولم يعلمها ؟ قال : لا ، حتى يعلمها . قلت : فإن كان قد فعل ؟ قال : يستأنف التزويج الآن . وإلا فإنه لا تحل له حتى يعلمها . فلعلها لا تريد أن تتزوج وهى أملك بنفسها . فيحتمل ذلك ، ويحتمل أنه أعتقها منجزاً . ثم عقد عليها النكاح . وهو ظاهر لفظه .

الخامسة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو أعتقها وزوجها لغيره ، وجعل عتقها صداقها . فقياس المذهب : صحته . ويحتمل أن يكون ذلك مخصوصاً بالسيد.

السادسة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو قال « أعتقت أمتى وزوجتكها على ألف » فقياس المذهب : جوازه . فإنه مثل قوله « أعتقتها وأكريتها منك سنة بألف » وهذا بمنزلة استثناء الخدمة .

السابعة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا قال « أعتقتك وتزوجتك على ألف » فينبغى أن يصح النكاح هنا ، إذا قيل به فى إصداق العتق بطريق أولى . وعلله .

الثامنة : قال الأزجى فى النهاية : إذا قال السيد لأمته « أعتقتك على أن تتزوجى بى » فقالت « رضيت بذلك » نفذ العتق . ولم يلزمها الشرط ، بل هى بالخيار فى الزواج وعدمه .

وقال ابن عقيل : يحتمل عندى أن يلزمها . والأول أصح .

التاسعة : قال القاضى : لو قال الأب ابتداء « زوجتك ابنتى على عتق أمتك » فقال « قبلت » لم يمتنع أن يصح .

قوله ﴿ الرَّابعُ : الشَّهادَةُ . فَلاَ ينْعقدُ إلاَّ بشَاهدِينِ ﴾ .

احتياطاً للنسب ، خوف الإنكار . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أن الشهادة ليست من شروط النكاح . ذكرها أبو بكر فى المقنع وجماعة . وأطلقهما أكثرهم .

وقيد المجد وجماعة من الأصحاب بما إذا لم يكتموه . فمع الكتم تشترط الشهادة . رواية واحدة . وذكره بعضهم إجماعاً .

وقال الزركشى : وهو ـ والله أعلم ـ من تصرف المجد . ولذلك جعله ابن حمدان قولا . انتهى .

قوله ﴿ عدلَيْنِ ذكرَيْنِ بالغيْنِ عاقلَيْنِ ، وإنْ كانَا ضريرَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : ينعقد بحضور فاسقين ، ورجل وامرأتين ، ومراهقين عاقلين .

قال فى الفروع : وأسقط رواية الفسق أكثرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هى ظاهر كلام الخرقى .

وأخذها فى الانتصار من رواية مثنى .

وقد سئل الإمام أحمد رحمه الله : إذا تزوج بولى وشهود غير عدول : يفسد من النكاح شيء ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء .

وقيل : ينعقد بحضور كافرين ، مع كفر الزوجة ، وقبول شهادة بعضهم على بعض . ويأتى نحوه قريباً .

وأطلق الروايتين فى الشرح .

تنبيه : يحتمل أن يريد المصنف بقوله « عدلين » ظاهراً وباطناً . وهو أحد الوجهين ، واحتمال فى التعليق للقاضى . وقدمه فى الرعايتين .

ويحتمل أن يريد عدلين ظاهراً لا باطناً . فيصح بحضور مستورى الحال . وإن لم نقبلهما فى الأموال . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المشهور من الوجهين .

قال ابن رزين : ويصح من مستورى الحال . رواية واحدة . لأن الأصل العدالة . وصححه فى البلغة .

وجزم به القاضى فى المجرد ، والتعليق فى الرجعة منه ، والشيرازى ، وابن البنا ، وابن عقيل — حاكياً له عن الأصحاب — والمصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وقيل : يكفى مستورى الحال إن ثبت النكاح بهما .

وقال فى المنتخب : يثبت بهما مع اعتراف متقدم .

وقال فى الترغيب : لو تاب فى مجلس العقد ، فكمستور الحال .

فعلى المذهب : لو عقد بمستورى الحال . ثم تبين بعد العقد أنهما كانا فاسقين حالة العقد ، فقال القاضى ، وابن عقيل : تبين أن النكاح لم ينعقد .

وقال المصنف ، والشارح : ينعقد : لوجود شرط النكاح ظاهراً .

قال ابن البنا : ولا يكفى فى إثبات العقد عند الحاكم إلا من عرفت عدالته ظاهراً وباطناً . انتهى .

وهو صحيح . بناء على اشتراط ذلك فى الشهادة .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ ﴾ .

هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، المشهور عند الأصحاب. واختاره جماهيرهم .

ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية . وهو لأبى الخطاب .

قال فى الرعاية : وفيه بعد .

وهو مخرج من رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، على ما يأتى .

قال ابن رزين : وإن قلنا : تقبل شهادة بعضهم على بعض ، صح النكاح بشهادة ذميين إذا كانت المرأة ذمية .

قوله ﴿ وَهَلْ يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوَّيْنِ ، أَوْ ابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ أَحَدِهِما ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن رزين ، وابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والفروع ، وغيرهم .

أحدهما : ينعقد بحضور عدوين . وهو المذهب . اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى .

قال فى تجريد العناية : لا ينعقد فى رواية .

والوجه الثانى : لا ينعقد بحضور عدوين .

وأما عدم انعقاده بحضور ابنى الزوجين ، أو أحدهما . فهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم ، فى كتاب الشهادات .

وصححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم هناك .

والوجه الثانى : ينعقد بهما و بأحدهما . اختاره ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . والأدمى فى منتخبه .

قال فى تجريد العناية : لا ينعقد فى رواية .

قال فى الفروع : وفى شهادة عدوى الزوجين ، أو أحدهما ، أو الولى : وجهان . وفى مُتَّهم لرحم : روايتان .

وقال فى الرعاية : وفى عدوى الزوج ، أو الزوجة ، أو عدوهما ، أو عدوى الولى ، أو بابنى الزوجين ، أو ابنى أحدهما ، أو أبويهما ، أو أبوى أحدهما ، أو عدوهما وأجنبى ، وكل ذى رحم محرم من أحد الزوجين ، أو من الولى .

وقيل : فى العدوين ، وابنى الزوجين ، أو أحدهما : روايتان . انتهى .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : كَوْنُ الرَّجُلِ كُفُؤًا لَهَا فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة ، والشرح .

إحداهما : هى شرط لصحة النكاح . وهى المذهب عند أكثر المتقدمين .

قال الزركشى : هذا المنصوص المشهور ، والمختار لعامة الأصحاب من الروايتين وصححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وقطع به الخرقى .

وقدمه فى الهادى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ليست بشرط ـ يعنى للصحة ـ بل شرط فى اللزوم .

قال المصنف هنا : وهى أصح . وهو المذهب عند أكثر المتأخرين .

واختاره أبو الخطاب ـ فى خلافه ـ والمصنف ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وصححه فى النظم .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور .

قال فى الرعايتين : وهى أولى . الآثار . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

قلت : وهو الصواب الذى لا يعدل عنه .

فعلى الأولى : الكفاءة حق لله تعالى . وللمرأة والأولياء ، حتى من يحدث .

وعلى الثانية : حق للمرأة والأولياء فقط .

قوله ﴿ لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ جَمِيعُهُمْ ، فَلِمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ . فَلَوْ زَوَّجَ الْأَبُ بِغَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا . فَلِلإِخْوَةِ الْفَسْخُ ﴾ .

هذا كله مفرع على الرواية الثانية . وهو الصحيح . نص عليه .

جزم به القاضى فى الجامع الكبير ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وناظم المفردات .

وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

قال الزركشى : هذا الأشهر .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايملك إلا بعد الفسخ ، مع رضى المرأة والأقرب .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فعلى الأول : له الفسخ فى الحال ومتراخياً . ذكره القاضى وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينبغى أن يكون على التراخى . فى ظاهر المذهب . لأنه خيار لنقص فى المعقود عليه .

فعلى هذا : يسقط خيارها بما يدل على الرضى من قول أو فعل . وأما الأولياء : فلا يثبت إلا بالقول .

فائدة : قال الزركشى : لو عقده بعضهم ، ولم يرض الباقون : فهل يقع العقد باطلا من أصله ، أو صحيحاً ؟ على روايتين . حكاهما القاضى فى الجامع الكبير . شهرهما الصحة .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف هنا من قوله « فلمن لم يرض الفسخ » ولا يكون الفسخ إلا بعد الانعقاد . وهو ظاهر كلام غيره أيضاً .

وقال الزركشى ، فى موضع آخر : إذا زوجها الأب بغير كفء ــ وقلنا : الكفء ليس بشرط ــ ففى بطلان النكاح روايتان : البطلان ــ كنكاح المحرمة والمعتدة ــ والصحة ، كتلقى الركبان .

وقيل : إن علم بفقد الكفاءة : لم يصح ، وإلا صح .

وقيل : يصح إن كانت الزوجة كبيرة ، لاستدراك الضرر .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : طريقة الجد فى المحرر : أن الصفات الخمس معتبرة فى الكفاءة . قولا واحداً . ثم هل يُبطل النكاحَ فقدُها أو لا يبطله ، لكن يثبت الفسخ ، أو يبطله فقد الدين والمنصب ، ويثبت الفسخ فقد الثلاثة ؟ على ثلاث روايات . وهى طريقته . انتهى .

قوله ﴿ وَالْكَفَاءَةُ : الدِّيْنَ وَالْمَنْصِبُ ﴾ .

يعنى : لاغير . وهذا إحدى الروايتين . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

واختاره ابن أبى موسى ، وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاء أيضاً . وهو المذهب اختاره القاضي في تعليقه ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في خلافيهما .

وقدمه في المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والبلغة ، والشرح ، والنظم .

وذكر القاضي في المجرد : أن فقد الثلاثة لايبطل النكاح . قولا واحداً .

وأما فقد الدين ، والمنصب ، فقيل : يبطل . رواية واحدة .

وقيل : فيه روايتان . وقيل : المبطل فقد المنصب . ذكره ابن خطيب السلامية في نكته .

قال ابن عقيل : الذي يقوى عندي ـ وهو الصحيح ـ أن فقد شرط واحد مبطل . وهو النسب . وما عدا ذلك لايبطل النكاح .

واختار المصنف ، والشارح : أن « الحرية » من شروط الكفاءة .

واختار الشيرازي : أن « اليسار » من شروط الكفاءة .

وقال الشيخ تقي الدين : لم أجد نصا عن الإمام أحمد رحمه الله ببطلان النكاح لفقر أو رِقٍ . ولم أجد أيضاً عنه نصاً بإقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب ، خلافاً . واختار أن النسب لااعتبار به في الكفاءة .

وذكر ابن أبي موسى عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه .

واستدل الشيخ تقي الدين رحمه الله ، بقوله تعالى (٤٩ : ١٣ ياأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا . إن أكرمكم عند الله أتقاكم . إن الله عليم خبير) .

وقيل : الكفاءة النسب فقط . وهو توجيه للقاضي في المجرد .

وقال بعض المتأخرين من الأصحاب : إذا قلنا الكفاءة حق لله تعالى : اعتبر « الدين » فقط ، قال : وكلام الأصحاب فيه تساهل ، وعدم تحقيق .

قال في الفروع : كذا قال .

قلت : هذا كلام ساقط . ولم يفهم معنى كلام الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : « المنصب » هو النسب . وأما « اليسار » فهو بحسب مايجب للمرأة

وقيل : تساويهما فيه .

قال الزركشى : معنى الكفاءة فى المال : أن يكون بقدر المهر والنفقة .

قال القاضى ، وأبو محمد فى المغنى : لأنه الذى يحتاج إليه فى النكاح .

ولم يعتبر فى الكافى إلا « النفقة » فقط .

واعتبر ابن عقيل : أن يكون بحيث لا يغير عليها عادتها عند أبيها فى بيته .

الثانية : لاتعتبر هذه الصفات فى المرأة . ليست الكفاءة شرط فى حقها للرجل .

وفى الانتصار احتمال : يخير مُعْتَق تحته أمة .

وفى الواضح احتمال : يبطل النكاح بعتق الزوج الذى تحته أمة . بناء على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

ويأتى ذلك فى أوائل الفصل الثالث من باب الشروط فى النكاح .

قوله ﴿ والعَرَبُ بعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاء ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، وغيرهما . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وعنه ﴿لاَ تُزَوَّجُ قُرَشِيَّةٌ بِغَيْرِ قُرَشِيّ ، وَلاَ هَاشِمِيَّةٌ بِغَيْرِ هَاشِمِيّ﴾ .

قدمه فى الهداية . والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى الفروع : هذه الرواية مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه .

ورد الشيخ تقى الدين رحمه الله هذه الرواية ، وقال : ليس فى كلام الإمام

أحمد رضى الله عنه مايدل عليها . و إنما المنصوص عنه فى رواية الجماعة : أن قريشاً بعضُهم لبعض أكفاء ، قال : وذكر ذلك ابن أبى موسى ، والقاضى — فى خلافه وروايتيه — وصححها فيه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : ومن قال « إن الهاشمية لاتزوج بغير هاشمى » بمعنى أنه لا يجوز ذلك ، فهذا مارق من دين الإسلام . إذ قصة تزويج الهاشميات — من بنات النبى صلى الله عليه وسلم — وغيرهن بغير الهاشميين : ثابت فى السنة ثبوتاً لا يخفى . فلا يجوز أن يحكى هذا خلافاً فى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه . وليس فى لفظه ما يدل عليه . انتهى .

وعنه : ليس ولد الزنا كفؤاً لذات نسب ، كعربية . واقتصر عليه الزركشى . وأضافه إلى المصنف .

فائدة : ليس مولى القوم كفؤاً لهم . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى فى الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وعنه : أنه كفء لهم . وأطلقهما الزركشى .

تنبيه : قوله — على رواية أنَّ الْحُرِّيَةَ مِنْ شرُوطِ الْكَفَاءَةِ — ﴿ لَاتُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ﴾ .

قال الزركشى ، قلت : ولا لمن بعضه رقيق . انتهى .

فلو وجدت الكفاءة فى النكاح حال العقد — بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح له « قبلت له هذا النكاح وأعتقته » — فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب صحته .

قال : و يتخرج فيه وجه آخر بمنعها .

و يأتى مايتعلق بذلك عند قوله « إذا عتقت الأمة وزوجها حر » .

أما إن كان قد مسه رق ، أو أباه ، فالصحيح من المذهب : جواز تزويجه بحرة الأصل . اختاره ابن أبى موسى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام أبي الخطاب فى الانتصار . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعاية : فلا تزوج به فى رواية . انتهى .

وعنه : لا تزوج به . اختاره ابن عقيل .

فائدة : ﴿ التَّانِئ ﴾ فى قوله ﴿ وَلاَ بِنْتُ تَانِئٍ[1] ﴾ .

هو صاحب العقار .

وقيل : الكثير المال . قاله الزركشى وَ « البَزَّاز » بياع البَزّ .

تنبيه : ظاهر قوله ـ على رواية أنَّ الْحُرِّيَّة ، وَالصِّنَاعَة ، وَالْيَسَار مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ـ ﴿ فلاَ تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ، وَلاَ بِنْتُ بَزَّازٍ بِحَجَّامٍ ، وَلاَ بِنْتُ تَانِئٍ بِحَائِكٍ ، وَلاَ مُوسِرَةٌ بِمُعْسِرٍ ﴾ .

أنه يشمل كل صناعة رديئة . وهو قول القاضى فى الجامع ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى الرعاية . ومال إليه الزركشى .

واقتصر بعضهم على هذه الثلاثة .

وقيل : نساج كحائك .

فائدة : لو زالت البكارة المذكورة بعد العقد : فلها الفسخ . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وصححه فى النظم ، وغيره . كعتقها تحت عبد .

---

(١) تنا بالبلد يتنأ ـ مهموزاً بفتحهما ـ تنوءاً : أقام به واستوطنه وتأتنوءاً أيضا : استغنى وكثر ماله . فهو تانىء . والجمع تناء . مثل كافر وكفار . والاسم « التناءة » بالكسر والمد .

وقيل : ليس لها الفسخ ، كطَوْل حرة من نكاح أمة ، وكوليها .

وفيه خلاف فى الانتصار .

قال الزركشى : يعزى لأبى الخطاب : أن للولى الفسخ أيضاً .

ويحتمله كلام شيخه فى التعليق .

وقدم فى الانتصار : أن مثل الولى مَنْ ولد من الأولياء فى ذلك . وأنه إن طرأ نسب فاستلحق شريف مجهولة ، أو طرأ صلاح : فاحتمالان .

وتقدم عند قوله « وإذن الثيب الكلام » : « لايشترط الإشهاد على إذنها ولا الشهادة بخلوها من الموانع » .

باب المحرمات فى النكاح

فائدة : قوله ﴿ وَالْبَنَاتُ مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ﴾ .

وكذا ابنته المنفية بلعان ، ومن شُبهةٍ .

ويكفى فى التحريم : أن يعلم أنهـا بنته ظاهراً ، وإن كان النسب لغيره . قاله القاضى فى التعليق .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى استدلاله : أن الشبه كافٍ فى ذلك . قاله الزركشى .

تنبيهات

الأول : شمل قوله ﴿ وَالعمَّاتُ ﴾ .

عمةَ أبيه وأمِّه . لدخولها فى عماته ، وعمةَ العم لأب . لأنها عمة أبيه . لا عمةُ العم لأم . لأنها أجنبية منه .

وتحرم خالة العمة لأم . ولا تحرم خالة العمة لأب . لأنها أجنبية .

وتحرم عمة الخالة لأب . لأنها عمة الأم . ولا تحرم عمة الخالة لأم . لأنها أجنبية .

الثانى : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانِى : المُحرَّمَاتُ بالرَّضَاعِ . وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ سَوَاءٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال ابن البنا ـ فى خصاله ـ والوجيز ، وغيرهما : إلا أم أخيه ، وأخت ابنه . فإنهما يحرمان من النسب ، ولا يحرمان بالرضاع . وقاله الأصحاب .

لـكن أم أخيه إنما حرمت من غير الرضاع ، من جهة أخرى . لـكونها زوجة أبيه . وذلك من جهة تحريم المصاهرة ، لا من جهة تحريم النسب .

وكذلك أخت ابنه : إنما حرمت لكونها ربيبة . فلا حاجة إلى استثنائهما .

وقد قال الزركشي ، وغيره من الأصحاب : والصواب عند الجمهور : عدم استثنائهما .

وقال في القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله : أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة . فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع . ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع .

وقال الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن بَدِينا ـ في حليلة الابن من الرضاع ـ لا يعجبني أن يتزوجها . يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وليس على هذا الضابط إيراد صحيح ، سوى المرتضعة بلبن الزنا .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، في رواية ابنه عبد الله : أنها محرمة ، كالبنت من الزنا . فلا إيراد إذن . انتهى .

الثالث : قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : الْمُحرَّمَاتُ بِالمصَاهَرَةِ . وَهُنَّ أَرْبَعٌ : أُمَّهَاتُ نِسَائِهِ . فَيَحْرُمْنَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على البنت ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وعنه : أمهات النساء كالربائب ، لا يحرمن إلا بالدخول ببناتهن . ذكرها الزركشي .

الرابع : دخل في قوله ﴿ وَحَلَائِلُ آبَائِهِ ﴾ .

كل من تزوجها أبوه ، أو جده لأبيه أو لأمه ، من نسب أو رضاع ، وإن علا ، سواء دخل بها أو لم يدخل . طلقها أو مات عنها ، أو افترقا بغير ذلك .

ودخل في قوله ﴿ وأبنائه ﴾ يعني وحلائل أبنائه : كل من تزوجها أحد من

أولاده ، أو أولاد أولاده وإن نزلوا ، سواء كانوا من أولاد البنين أو البنات ، من نسب أو رضاع .

الخامس : ظاهر قوله ﴿ وَالرَّبائِبُ . وَهُنَّ بناتُ نِسائِهِ اللاَّتِى دَخَلَ بِهِنَّ ﴾ .

أنه سواء كانت « الربيبة » فى حجره أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا تحرم إلا إذا كانت فى حجره .

اختاره ابن عقيل . وهو ظاهر القرآن .

فائدة : يحرم عليه بنت ابن زوجته . نقله صالح وغيره .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه لا يعلم فيه نزاعاً .

ذكره فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة .

ولا تحرم زوجة ربيبه . ذكره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفنون . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن مشيش .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا أعلم فيه نزاعاً .

ويباح للمرأة ابنُ زوجة ابنها ، وابن زوج ابنتها ، وابن زوج أمها ، وزوج زوجة أبيها ، وزوج زوجة ابنها . ذكره فى الرعايتين ، والوجيز .

قوله ﴿ فَإِنْ مُتْنَ قَبْلَ الدَّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بناتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوايَتَيْنِ ﴾

يعنى : إذا ماتت المعقود عليها قبل الدخول ، ولها بنت . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

إحداهما : لا يحرمن . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

والرواية الثانية : يحرمن . اختاره أبو بكر فى المقنع .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم : لو أبانها بعد الخلوة وقبل الدخول ، خلافاً ومذهباً . قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الزركشى : إذا طلق بعد الخلوة وقبل الوطء : فروايتان . أنصهما ــ وهو الذى قطع به القاضى فى الجامع الكبير ، وفى موضع فى الخصال ، وابن البنا ، والشيرازى ــ : ثبوت حكم الربيبة .

والثانية ــ وهى اختيار أبى محمد ، وابن عقيل ، والقاضى فى المجرد ، وفى الجامع فى موضع ــ : لا يثبت .

وقدم فى المغنى : أنها لا تحرم . وصححه فى موضع آخر .

قلت : وصححه فى المستوعب ، والشرح ، فى كتاب الصداق . وهو المذهب .

الثانية : قطع المصنف ، وغيره من الأصحاب ــ فى المباشرة ونظر الفرج ــ بعدم التحريم .

قال الزركشى : وقد يقال : بعدم التحريم ، بناء على تقرر الصداق .

ويأتى أيضاً : التنبيه على الخلوة فيما يقرر الصداق فى بابه .

ولا يثبت التحريم باستدخال ماء الرجل . نص عليه فى التعليق فى اللعان .

قوله ﴿ وَيَثْبُتُ تَحْرِيمُ المصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ﴾ .

أما ثبوت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال : فإجماع .

ويثبت بوطء الشبهة . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وحكاه ابن المنذر إجماعا . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايثبت . وأطلقهما فى المذهب .

وحكاية هـذا الوجه منه عجيب . فإنه جزم بأن الوطء فى الزنا : كالنكاح الصحيح . وأطلق وجهين فى الوطء بشبهة .

فائدة : ظاهر كلام الخرقى : أن وطء الشبهة ليس بحـلال ولا حرام . فقال : وطء الحرام محرِّم ، كما يُحرم وطء الحلال والشبهة .

وصرح القاضى فى تعليقه : أنه حرام .

وأما ثبوته بالوطء الحرام : فهو المذهب . نص عليه فى رواية جماعة .

وذكر القاضى فى الخـلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار : أنه يثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر بالاتفاق .

جزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والمستوعب ، والمغنى ، والترغيب ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى المذهب : إذا وطىء امرأة بزنا : كان كالوطء فى النكاح .

وقيل : لايثبت تحريم المصاهرة بوطء الدبر .

ونقل بشر بن محمد : لايعجبنى .

ونقل الميمونى : إنما حرم الله بالحلال ، على ظاهر الآية . والحرام مباين للحلال

وقال الشيخ تقى الدين : الوطء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة .

واعتبر فى موضع آخر : التوبة ، حتى فى اللواط . وحرم بنته من الزنا . وقال : إنَّ وطء بنته غلطا : لاينشر ، لكونه لم يتخذها زوجة ، ولم يعلن نكاحا .

تنبيه : شمل قوله ﴿ الْحَرَامِ ﴾ .

الوطء فى قبلها ودبرها . وهو كذلك . قاله الأصحاب ، كما تقدم .

فلو زنا بامرأة : حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كوطء الحلال والشبهة

ولو وطىء أم امرأته ، أو بنتها : حرمت عليه امرأته . نص عليه . ولكن لاتثبت محرمية ، ولا إباحة النظر .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ الْمَوْطُوأَةُ مَيِّتَةً ، أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية.

أحدهما : لايثبت التحريم بذلك . وهو المذهب .

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقاله القاضى فى خلافه ، فى وطء الصغيرة ، وقال : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . وصححه الزركشى : فى الصغيرة .

والوجه الثانى : يثبت به التحريم . وقاله القاضى فى الجامع فى الصغيرة .

وهو ظاهر ماجزم به فى المنور فيها .

تنبيه : مراده بالصغيرة : الصغيرة التى لايوطأ مثلها . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا بِشَهْوَةٍ ﴾

يعنى : فى الحرام ، أو لمسها بشهوة ﴿ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والفروع .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، فيما إذا باشر الأمة بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة .

وأطلقهما فى الكافى فى القبلة ، واللمس بشهوة ، والنظر إلى الفرج .

وقطع فى المغنى ، والشرح ، بعدم التحريم فيما إذا باشر حرة .

وقالا : وذكر أصحابنا فى جميع الصور : الروايتين من غير تفصيل .

والتفصيل أقرب إلى الصواب ، إن شاء الله تعالى .

إحداهما : لاينشر الحرمة . وهو المذهب .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : لم ينشر فى أصح الروايتين .

وصححه فى التصحيح ، والزركشى . وجزم به فى الوجيز .

وقال المصنف ، والشارح : والصحيح أن الخلوة بالمرأة لاتنشر الحرمة .

والرواية الثانية : تنتشر الحرمة بذلك .

تنبيه : مفهوم قوله « أو نظر إلى فرجها » أنه لو نظر إلى غيره من بدنها لشهوة لاينشر الحرمة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : ينشر . ذكره أبو الحسين . ونقله الميمونى ، وابن هانىء .

قال المصنف ، والشارح : وقال بعض أصحابنا : لافرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة .

والصحيح : خلاف ذلك . ثم قالا : لا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لايثبت الحرمة .

فائدة : حكم مباشرة المرأة للرجل ، أو نظرها إلى فرجه ، أو خلوتها به لشهوة : حكم الرجل على ماتقدم ، خلافاً ومذهباً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلَوَّطَ بِغُلَامٍ حَرُمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الآخَرِ وَبِنْتُهُ ﴾ .

يعنى : أنه يحرم باللواط مايحرم بوطء المرأة . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب : هذا قول أصحابنا .

وجزم به فى الوجيز . وغيره .

وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع ، وشرح ابن رزين .

وهو من مفردات المذهب .

وعند أبى الخطاب : هو كالوطء دون الفرج ـ يعنى : كالمباشرة دون الفرج ـ على ما تقدم من الخلاف .

قال المصنف ، والشارح : وهو الصحيح .

قال فى الفروع : اختاره جماعة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله فى مسألة التلوط : أن الفاعل لا يتزوج بنت المفعول فيه ولا أمه .

قال : وهو قياس جيد .

قال : فأما تزوج المفعول فيه بأم الفاعل : ففيه نظر . ولم ينص عليه .

قال ابن رزين فى شرحه ، وقيل : لاينشر الحرمة ألبتة . وهو أشبه . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن دواعى اللواط ليست كاللواط . وهو صحيح وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وذكر ابن عقيل ، وابن البنا : أنه كاللواط . وأطلقهما فى الرعاية .

فائدة : السحاق بين النساء لا ينشر الحرمة . ذكره ابن عقيل فى مفرداته محل وفاق .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المنصوص فى اللواط : أنه يخرج على الروايتين فى مباشرة الرجل الرجل بشهوة .

قوله ﴿ الْقِسْمُ الرَّابِعُ : الْمُلَاعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى الْمُلَاعِنِ عَلَى التَّأْبِيدِ ، إِلَّا أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ . فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

إحداهما : لا تحل . بل تحرم على التأبيد . وهو المذهب .

نقلها الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب .

وصححه فى التصحيح ، والخلاصة .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه المصنف ـ فى هذا الكتاب ـ فى باب اللعان .

قال الشارح : المشهور فى المذهب : أنها باقية على التحريم المؤبد . والعمل عليه

وقدمه فى المحرر ، والنظم والرعايتين ، والحاوى الصغير فى باب اللعان .

وقدمه فى الفروع أيضاً .

والرواية الثانية : تباح له . قاله ابن رزين . وهو أظهر .

قال الشارح ـ وهنا ـ فى باب اللعان : وهذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه

قال أبو بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره .

قال المصنف : ينبغى أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم بينهما .

فأما إن فرق بينهما : فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . انتهى .

وعنه : تباح بنكاح جديد ، أو ملك يمين ، إن كانت أمة .

ويأتى هذا فى اللعان أيضاً مستوفى . فليراجع .

فعلى المذهب : لو وقع اللعان بعد البينونة ، أو فى نكاح فاسد ، فهل يفيد التحريم المؤبد أم لا ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . ذكروه فى اللعان .

أحدهما : تحرم أيضاً على التأبيد . وهو الصحيح . قدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : لايتأبد التحريم فى المسألتين . قدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدة : ذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ فى كتاب التحليل ــ : أن الرجل إذا قتل رجلاً ليتزوج امرأته : أنها لا تحل له أبداً .

وسئل عن رجل خَبَّث امرأة على زوجها حتى طلقت ، ثم تزوجها ؟

أجاب : يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة . والنكاح باطل فى أحد قولى العلماء فى مذهب الإمام مالك والإمام أحمد وغيرهما رحمهم الله . ويجب التفريق فيه .

فوائد

إحداها : إذا فسخ الحاكم نكاحه لِعُنَّةٍ ، أو عيب فيه يوجب الفسخ : لم تحرم على التأبيد . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وقدمه فى الفروع . ذكره فى باب العيوب .

وعنه : تحرم على التأبيد ، كاللعان .

الثانية : قوله ﴿ فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ وَبَيْنَ المرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، أَوْ خَالَتِهَا ﴾ .

بلا نزاع . وسواء كانت العمة والخالة حقيقة أو مجازا . كعمات آبائها . وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن . وإن علت درجتهن ، ولو رضيتا ، من نسب أو رضاع .

وخالف الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الرضاع . فلم يحرم الجمع مع الرضاع .

فعلى المذهب : كل شخصين لايجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر ــ لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، لأجل القرابة ــ : لايجوز الجمع بينهما . قاله الأصحاب .

قال الإمام أحمد رحمه الله : خالُ ابنها بمنزلة خالها .

وكذا يحرم عليه الجمع بين عمة وخالة ، بأن ينكح امرأة وينكح ابنة أمها فيولد لكل واحد منهما بنت .

ويحرم أيضاً الجمع بين خالتين ، بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر . فتولد لكل واحد منهما بنت .

ويحرم أيضاً الجمع بين عمتين ، بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر . فيولد لكل واحد منهما بنت .

الثالثة : لا يكره الجمع بين بنتى عميه أو عمتيه ، أو ابنتى خاليه أو خالتيه . أو بنت عمه و بنت عمته . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المستوعب ، والوجيز . وغيرهما .

وقدمه فى الرعاية وغيرها .

كما لا يكره جمعه بين من كانت زوجة رجل و بنته من غيرها .

وعنه : يكره . جزم به فى الكافى . فيكون هذا المذهب .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والزركشى .

وحرمه فى الروضة . قال : لأنه لانص فيه ، ولكن يكره قياساً .

يعنى : على الأختين . قاله فى الفروع .

الرابعة : لو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه فى عقد واحد : صح . ذكره فى الرعاية وغيره .

الخامسة : لو كان لكل رجل بنت ، ووطئا أمة ، فألحق ولدها بهما ، فتزوج رجل بالأمة و بالبنتين : فقد تزوج أم رجل وأختيه . ذكره ابن عقيل . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : فيعايي بها ، وقد نظمها بعضهم لغزاً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِى عَقْدٍ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وكذا لو تزوج خمساً فى عقد واحد . وهذا المذهب فيهما . وعليه الأصحاب .

ونص عليه فى رواية صالح ، وأبى الحارث .

ولـكن نقل ابن منصور : إذا تزوج أختين فى عقد : يختار إحداهما .

وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف .

وقال فى آخر القواعد : وهو بعيد وخرج قولاً بالاقتراع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهُما فِى عَقْدَيْنِ ، أَوْ تَزَوَّجَ إِحْدَاهُما فِى عِدَّةِ الأُخْرَى سَوَاءٌ كَانَتْ بَائِناً أَوْ رَجْعِيَّةً : فَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ﴾ .

يعنى : إذا كان يحرم الجمع بينهما . وهذا بلا نزاع .

لـكن لو جُهلت الأولى فسخا على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المغنى والشرح ، وتذكرة ابن عبدوس . وقالا : بطلا .

قال ابن أبى موسى : الصحيح بطلان النكاحين .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقرع بينهما . فمن خرجت لها القرعة فهى الأولى .

قال فى الرعاية ــ من عنده ــ قلت : فمن قرعت جدد عقدها بإذنها .

فعلى المذهب : يلزم أحدهما نصف المهر ، يقترعان عليه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

وذكر ابن عقيل رواية : لايلزمه . لأنه مكره .

واختاره أبو بكر . فقال : اختيارى أن يسقط المهر ، إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول .

قلت : فعلى الأول : يعايي بها ، إذا أجبر على الطلاق .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَاهُنَّ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ : صَحَّ ﴾ .

يعنى : لو اشترى أختين ، أو امرأة وعمتها أو خالتها فى عقد واحد : صح .

قوله ﴿ فَإِنْ وَطِىءَ إِحْدَاهُما : لَمْ تَحِلَّ لَهُ الأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ عَلَى نَفْسِهِ الأُولَى ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : ليس بحرام ، ولكن ينهى عنه .

أثبتها القاضى ، وجماعة من أصحابه ، والمصنف ، والمجد ، وابن حمدان ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

ومنع الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ أن يكون فى المسألة رواية بالكراهة ، وقال : من قال ـ عن أحمد رحمه الله ـ إنه قال « لايحرم . بل يكره » فقد غلط عليه . ومأخذه الغفلة عن دلالات الألفاظ ومراتب الكلام . وأحمد رحمه الله إنما قال « لا أقول إنه حرام . ولكن ينهى عنه » وكان يهاب قول الحرام إلا فيما فيه نص . وقد بين ذلك القاضى فى العدة .

فائدة : قال فى القاعدة السادسة والثلاثين بعد المائة : الجمع بين المتركنين فى الاستمتاع بمقدمات الوطء ، قال ابن عقيل : يكره ولايحرم . و يتوجه أن يحرم . أما إذا قلنا : إن المباشرة بشهوة كالوطء فى تحريم الأختين ، حتى تحرم الأولى : فلا إشكال . انتهى .

تنبيه : فى قوله « فإن وطىء إحداهما لم تحل له الأخرى » إشعار بجواز وطء إحداهما ابتداء قبل تحريم الأخرى . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم : القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم ، وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى البلغة ، والمحرر ، والفروع : والأصح جوازه .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : هذا المشهور . وهو أصح .

ومنع أبو الخطاب فى الهداية من وطء واحدة منهما قبل تحريم الأخرى .

وقطع به فى المذهب ، والخلاصة .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال فى القواعد : ونقل ابن هانىء عن الإمام أحمد رحمه الله مايدل عليه . وهو راجع إلى تحريم إحداهما مبهمة .

وقيل : يكره ذلك .

فائدة : حكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة — فيما يرجع إلى تحريم أختها — كحكمه فى تحريم الربيبة على ما تقدم . قدمه فى المغنى ، والشرح .

وقال : والصحيح أنها لا تحرم بذلك . لأن الحل ثابت . فلا يحرم إلا الوطء فقط .

تنبيهان

الأول : قوله « فإن وطىء إحداهما لم تحل له الأخرى » فلو خالف ووطىء الأخرى ، لزمه أن يمسك عنهما حتى يحرم إحداهما . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

قال فى القواعد الفقهية : هذا الأظهر . فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمة .

وأباح القاضى فى المجرد وطء الأولى بعد استبراء الثانية ، والثانية هى المحرمة عليه .

الثانى : قوله « لم تحل له حتى يحرم على نفسه الأولى » بإخراج عن ملكه أو تزويج ، ويعلم أنها ليست بحامل . وهذا بلا نزاع فى الجملة .

وقال ابن عقيل : لا يكفى فى إباحة الثانية مجرد إزالة ملكه عنها . بل لابد أن تحيض حيضة وتنقضى ، فتكون الحيضة كالعدة .

وتبعه على ذلك صاحب الترغيب ، والمحرر ، وغيرهما .

وجزم به الزركشى ، وغيره .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هـذا القيد فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وعامة الأصحاب . انتهى .

ولا يكفى استبراؤها بدون زوال الملك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال ابن عقيل : ينبغى أن يكتفى بذلك . إذ به يزول الفراش المحرم للجمع .

ثم فى الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن ، أو بيع بشرط الخيار : وجهان .

وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد الأصولية .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى فى الكتابة .

قطع فى الكافى ، والمغنى ، والشرح : أن الأخت لا تباح إذا رهنها أو كاتبها . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والمصنف هنا .

قال الزركشى : هذا الأشهر فى الرهن .

وقال : ظاهر إطلاق الإمام أحمد رحمه الله وكثير من الأصحاب : الاكتفاء بزوال الملك . ولو أمكنه الاسترجاع ، كهبتها لولده ، أو بيعها بشرط الخيار .

وجزم ابن رزين فى شرحه : أنه إذا رهنها ، أو كاتبها ، أو دبرها : لا تباح أختها .

وقدم فى الرعايتين : أنه يكفى كتابتها . واختاره القاضى ، وغيره .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز ، وابن عقيل فى الجميع ، حيث قال : فإن وطىء إحداهما لم تحل الأخرى حتى يحرم الموطوأة بما لا يمكن أن يرفعه وحده . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

ولو أزال ملكه عن بعضها . فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كفاه ذلك . وهو قياس قول أصحابنا .

الثالثة : شمل قوله ﴿ بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ ﴾ .

الإخراجَ بالبيع وغيره . وقد صرح به الأصحاب .

فيحتمل أن يقال : هذا منهم مبنى على القول بجواز التفريق ، على مامر فى كتاب الجهاد .

لـكن يعكر على ذلك ماقبل البلوغ . فإنه ليس فيه نزاع .

ويحتمل أن يقال : يجوز البيع هنا للحاجة والمصلحة ، وإن منعناه فى غيره .

قال العلامة ابن رجب : أطلق الإمام أحمد رحمه الله والأصحاب : تحريم الثانية حتى يخرج الأولى عن ملـكه ببيع أو غيره .

فإن بنيت هذه المسألة على ماذكره الأصحاب فى التفريق : لزم أن لا يجوز التفريق بغير العتق ، فيما دون البلوغ . وبعده : على روايتين .

ولم يتعرضوا هنا لشىء من ذلك .

ولعله مستثنى من التفريق المحرم للحاجة ، وإلا لزم تحريم هذه الأمة بلا موجب . انتهى .

وسبقه إلى ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْـكِهِ : لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الأُخْرَى ﴾ .

سواء كان وطىء الثانية أو لا . وهذا المذهب .

قال فى الفروع : هذا ظاهر نصوصه . واختاره الخرقى .

قال فى القاعدة الأربعين : هذا الأشهر . وهو المنصوص .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، ونظم المفردات .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال الزركشى : فإن عادت بعد وطء الأخرى : فالمنصوص فى رواية جماعة — وعليه عامة الأصحاب — اجتنابهما حتى يحرم إحداهما .

وإن عادت قبل وطء الأخرى : فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والخرقى وكثير من الأصحاب : أن الحـكم كذلك .

واختار المصنف ، والشارح ، والناظم : أنها إن عادت ـ قبل وطء أختها ـ فهى المباحة دون أختها .

واختار المجد فى المحرر : أنهـا إذا رجعت إليه ، بعد أن وطىء الباقية : أنه يقيم على وطئها ، ويجتنب الراجعة . و إن رجعت قبل وطء الباقية وطىء أيتهما شاء

قال ابن نصر الله : هذا إذا عادت إليه على وجه لا يجب الاستبراء عليه . أما إن وجب الاستبراء : لم يلزمه ترك أختها حتى يستبرئها .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِىءَ أَمَتَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا : لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِى بَكْرٍ ﴾

وهو المذهب .

قال القاضى : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وحكاه فى الفروع وغيره رواية .

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى الخلاصة ، والمستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وجزم به فى المنور ، وناظم المفردات . وهو منها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه يصح . ذكره أبو الخطاب فى الهداية وحكاهما فى الفروع ، وغيره رواية . ونقلهـا حنبل . وجزم به فى الوجيز . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع .

فائدة : مثل ذلك فى الحـكم : لو أعتق سريته ، ثم تزوج أختهـا فى مدة استبرائها .

قوله ﴿ وَلاَ يَطَأُ حَتَّى يُحَرِّمَ الْمَوْطُوأَةَ ﴾ .

يعنى : على القول بالصحة . والموطوأة هى أمته . وهذا الصحيح من المذهب وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحـاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى المستوعب ، وغيره .

وعنه : يحرمان معاً ، حتى يحرم إحداهما .

فوائد

إحداها : مثل هذا الحكم : لو تزوج أخت أمته بعد تحريمها ، ثم رجعت الأمة إليه ، لكن النكاح بحاله . قاله فى المحرر ، والفروع .

وقدم فى المغنى ، والشرح : أن حل وطء الزوجة باق .

و إن أعتق أمته ، ثم تزوج أختها فى مدة استبرائها : ففى صحة العقد الروايتان المتقدمتان . وله نكاح أربع سواها فى أصح الوجهين .

قاله فى الفروع . وجزم به فى المحرر ، وغيره .

وقاله القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن المنى .

ونصره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، كما قبل العتق .

وقيل : لايجوز . التزمه القاضى فى التعليق فى موضع ، قياسا على المنع من تزوج أختها .

قلت : وهو ضعيف جداً .

الثانية : لو ملك أختين ــ مسلمة ، ومجوسيه ــ فله وطء المسلمة .

ذكره فى التبصرة . واقتصر عليه فى الفروع .

الثالثة : لو اشترى أخت زوجته : صح . ولا يطؤها فى عدة الزوجية . فإن فعل فالوجهان المتقدمان .

وهل دواعى الوطء كالوطء ؟ فيه الوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

والصحيح من المذهب : أن دواعى الوطء كالوطء .

وقدم ابن رزين فى شرحه إباحة المباشرة ، والنظر إلى الفرج بشهوة .

تنبيهان

أحدهما : تقدم فى آخر كتاب الطهارة « إذا اشتبهت أخته بأجنبية » .

الثاني : قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِلْحُرِّ : أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا لِلْعَبْدِ : أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ﴾ .

أنها لو ماتت جاز تزوج غيرها فى الحال . وهو صحيح . نص عليه .

فلو قال : أخبرتني بانقضاء عدتها . فكذبته . فله نكاح أختها ، وبدلها . فى أصح الوجهين .

قاله فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : ليس له ذلك .

فعلى الأول : لا تسقط السكنى والنفقة ونسب الولد ، بل الرجعة . قاله الأصحاب .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ﴾

بلا نزاع . ونص عليه فى رواية الجماعة . منهم : صالح ، وابن منصور ، ويعقوب بن بختان .

لكن لو كان نصفه فأكثر حراً : جاز له أن يتزوج ثلاثاً . على الصحيح من المذهب : نص عليه . وجزم به فى البلغة ، والمستوعب .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى

وقيل : هو كالعبد .

ويأتي فى آخر نفقة الأقارب والمماليك « هل للعبد أن يتسرى بإذن سيده أم لا ؟ » .

الثانية : اختلف عن الإمام أحمد رحمه الله فى جواز تسرى العبد بأكثر من اثنتين . فنقل عنه الميمونى : الجواز .

قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم ، فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك .

ونقل أبو الحارث : المنع كالنكاح .

قال فى القواعد الأصولية : ولم يختلف عنه فى أن عتق العبد وسريته يوجب تحريمها عليه .

واختلف عنه فى عتق العبد وزوجته . هل ينفسخ به النكاح ؟ على مايأتى محرراً فى آخر الباب الآتى بعده .

قوله ﴿ وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ ، حَتَّى تَتُوبَ ، وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقال فى الانتصار : ظاهر نقل حنبل فى التوبة : لايحرم تزوجها قبل التوبة

قال ابن رجب : وأما بعد التوبة : فلم أر من صرح بالبطلان فيه . وكلام ابن عقيل يدل على الصحة ، حيث خص البطلان بعد انقضاء العدة . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : لايحرم تزوجها قبل التوبة إن نكحها غير الزاني . ذكره أبو يعلى الصغير .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يشترط توبة الزاني بها إذا نكحها . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يشترط توبته . ذكره ابن الجوزى عن أصحابنا .

فوائد

الأولى : توبة الزانية : أن تراود على الزنا ، فتمتنع . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وروى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهم . ونصره ابن رجب . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : توبتها كتوبة غيرها ، من الندم والاستغفار ، والعزم على أن لاتعود . واختاره المصنف وغيره . وقدمه فى الفروع .

الثانية : لو وطىء بشبهة أو زنا ، لم يجز فى العدة نكاح أختها ، ولا يطؤها إن كانت زوجته . نص عليه . على الصحيح من المذهب .

وفى جواز وطء أربع غيرها والعقد عليهن وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والرعاية الكبرى فى موضع .

إحداهما : لا يجوز . وهو صحيح . اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وابن عقيل .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والزركشى . واختاره .

والوجه الثانى : يجوز . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى الرعاية فى مكان آخر .

وهو احتمال فى المغنى ، والشرح فى المسألتين .

وقال القاضى فى التعليق : يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل . واستبعده المجد .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : وهو كما قال المجد . لأن التحريم هنا لأجل الجمع بين خمس . فيكفى فيه أن يمسك عن واحدة منهن حتى يستبرىء . وصرح به صاحب الترغيب .

ويأتى فى نكاح الكفار : لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، فاختار أربعاً : هل يعتزل المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات أم لا ؟ .

الثالثة : يجوز فى مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها . قاله القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن المنى .

ونصره أبو الخطاب فى خلافه الصغير ، كما قبل العتق . وجزم به فى المستوعب . وزاد : الأمة .

وقيل : لا يجوز . التزمه القاضى فى التعليق فى موضع ، قياساً على المنع من تزوج أختها .

الرابعة : لو وطئت امرأة بشبهة، حرم نكاحها فى العدة لغير الواطىء . بلا نزاع فلو خالف وفعل : لم يصح . ويباح له بعد انقضاء العدة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : إن نكح معتدة من زوج بنكاح فاسد ووطىء حرمت عليه أبداً .

وأما للواطىء : فعنه تحرم عليه إن كانت قد لزمتها عدة من غيره ، وإلا أبيحت .

قال فى المحرر ، والحاوى الصغير : وهو أصح .

قال فى الفروع : وهى أشهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

قال الزركشى فى العدد : وعلى هذا الأصحاب كافة ، ما عدا أبا محمد .

وعنه : تباح له مطلقاً . ذكرها الشيخ تقى الدين رحمه الله . واختاره هو والمصنف . وصححه فى النظم .

فيكون هذا المذهب ، على ما اصطلحناه فى الخطبة . لكن الأصحاب على خلافه .

وعنه : لا تباح له مطلقاً حتى تفرغ عدتها . ذكرها فى المحرر ، وقدمه فى الرعاية .

قال فى الكافى : ظاهر كلام الخرقى : تحريمها على الواطىء .

قال المصنف : وهو قياس المذهب .

قال فى الفروع : وفى هذا القياس نظر . وأطلقهن فى الفروع .

ويأتى بعض ذلك فى العدة ، عند قوله « وإن أصابها بشبهة » .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ نِكَاحُ كافِرَةٍ ، إلاّ حَرَائِرَ أَهْلِ الكِتَابِ ﴾

يشمل مسألتين :

إحداهما : حرائر أهل الكتاب . وهما قسمان : ذميات ، وحربيات .

فالذميات : يبحن بلا نزاع فى الجملة .

وأما الحربيات : فالصحيح من المذهب : حل نكاحهن مطلقاً . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفروع . واختاره القاضى فى المجرد ، وغيره .

وقيل : يحرم نكاح الحربية مطلقاً . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى البلغة ، والمحرر ، والحاوى الصغير .

وقيل : يجوز فى دار الإسلام لا فى دار الحرب ، وإن اضطر . وهو منصوص الإمام أحمد رحمه الله فى غير رواية . واختيار ابن عقيل .

وقيل : بالجواز فى دار الحرب مع الضرورة .

قال الزركشى : وهو اختيار طائفة من الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد أيضاً

وقال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى الأسير : المنع .

وتقدم فى أوائل كتاب النكاح « هل يتزوج بدار الحرب للضرورة أم لا ؟ »

وقال ناظم المفردات : إذا كانت الكافرة أمها حربية لم يبح نكاحها .

فعلى المذهب : الأولى تركه ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يكره . واختاره القاضى ، والشيخ تقى الدين . وقال : هو قول أكثر العلماء ، كذبائحهم بلا حاجة .

والمسألة الثانية : حرائر غير أهل الكتاب ، فلا يحل نكاحهن مطلقا . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . جزم به فى الكافى ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، وغيره .

وذكر القاضى وجهاً : أن من دان بصحف شيث ، وإبراهيم ، والزبور : تحل نساؤهم . ويقرون بالجزية ، كأهل الكتابين .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِىٍّ ، فَهَلْ تَحِلْ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لا تحل . وهى المذهب . اختاره الخرقى ، وأبو بكر فى الشافى . والمقنع ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والجامع ، والخلاف ، وابن عقيل فى الفصول ، وأبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البنا ، والمصنف فى الكافى ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم .

قال فى الفروع : والأشهر تحريم مناكحته . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والرواية الثانية : تحل . ذكرها كثير من الأصحاب . وحكاها فى المغنى احتمالا

قال الزركشى : ولم أر عن الإمام أحمد بذلك نصاً .

قلت : لايلزم من عدم رؤيته أن لا يكون فيها نصاً . فقد أثبتها الثقات .

وحكى ابن رزين رواية ثالثة : إن كان أبوها كتابياً أبيحت . وإلا فلا .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو خطأ .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف فيما إن كان أحد أبويها غير كتابى ، إذا اختارت هى دين أهل الكتاب .

أما إن اختارت غيره : فلا تباح قولا واحداً .

الثانى : فعلى كلا الروايتين فى أصل المسألة : لو كان أبويها غير كتابيين ، واختارت هى دين أهل الكتاب ، فظاهر كلام المصنف هنا : التحريم ، رواية واحدة . وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل عنه : لا تحرم . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، على الرواية الثانية .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، اعتباراً بنفسه ، وقال : هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فى عامة أجوبته .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما : لا ينكح مجوسى كتابية . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : بلى .

و ينكح كتابى مجوسية . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ينكحها . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية : لو ملك كتابى مجوسية . فله وطؤها على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين . وقيل : لا يجوز له ذلك .

قوله ﴿ أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِى تَغلِب . فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والخرقى .

ذكره أكثرهم فى باب عقد الذمة .

إحداهما : تحل . وهو المذهب بلا ريب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح .

قال المصنف — تبعاً لإبراهيم الحربى — : هذه الرواية آخر قوليه .

وهو ظاهر ماقطع به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع .

والرواية الثانية : لا تحل .

قال الزركشى : هذه الرواية أشهر عند الأصحاب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن نساء العرب — من اليهود والنصارى ، غير بنى تغلب — يحل نكاحهن . وهو صحيح . وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : حكمهن حكم نساء بنى تغلب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وتقدم قريباً من ذلك فى باب عقد الذمة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ — وَإِنْ كَانَ عَبْدًا — نِكَاحُ أَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية أكثر من عشرين نفساً . قاله أبو بكر . وعنه : يجوز .

وردها الخلال . وقال : إنما توقف الإمام أحمد رحمه الله فيها ، ولم ينفذ له قول .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين .

قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكَاحُ أَمَةٍ مُسْلِمَةٍ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْعَنَتَ وَلَا يَجِدُ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ . وَلَا ثَمَنَ أَمَةٍ ﴾ .

لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة إلا بوجود الشرطين . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى التبصرة : لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات . ولو عدم الشرطان أو أحدهما .

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله غير خوف العنت .

وحمل أبو يعلى الصغير رواية مهنا على أن خوف العنت ليس بشرط فى صحة نكاح الأمة . وإنما هو على سبيل الاختيار والاستحباب .

ويأتى فى الباب الذى يلى هذا ـ بعد قوله « وإن تزوج أمة يظنها حرة » « هل يكون أولاد الحر من الأمة أرقاء أم لا ؟ » .

تنبيه : ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ من الشرطين : أن لا يجد ثمن أمة .

وقاله كثير من الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب فى الهداية والمجد فى المحرر ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى الرعاية : وهو أظهر .

وظاهر كلام الخرقى : عدم اشتراطه .

وهو ظاهر إطلاق القاضى فى تعليقه ، وطائفة من الأصحاب .

وقدمه فى الرعايتين ، والفروع . وجزم به فى المنور .

وقال فى البلغة ، والترغيب : لو كان قادراً على شراء أمة ، فى جواز نكاح الأمة وجهان .

فائدة : قال الزركشى : فسر « العنت القاضى » أبو يعلى وأبو الحسين ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وأبو محمد : بالزنا .

وكذا صاحب المستوعب .

وفسره بذلك فى الترغيب ، والبلغة ، وقال : فلو كان يقدر على الصبر ، لكن يؤدى صبره إلى مرض : جاز له نكاح الأمة .

وفسره المجد — فى محرره — وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم : بعنت العزوبة ، إما لحاجة المتعة ، وإما للحاجة إلى خدمة المرأة ، لكبر أو سقم أو غيرهما . وقالوا : نص عليه .

وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع . وقال : ولم يذكر جماعة الخدمة .

وأدخل القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما الخصى والمجبوب ، إذا كان له شهوة يخاف معها من التلذذ بالمباشرة حراماً ، وهو عادم للطول . وهو ظاهر كلام المصنف ، والخرقى ، وغيرهما .

وقال فى الرعاية : ولا يصح نكاح حر مسلم غير مجبوب أمة مسلمة إلا بشرطين .

تنبيه : عموم قوله ﴿ وَلاَ يَجِدُ طَوْلاً لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ﴾ ، يشمل الحرة المسلمة ، والكتابية . وهو كذلك . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الحرة .

وصرح به القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وفى الانتصار : احتمال حرة مؤمنة لظاهر الآية .

وتوقف الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب .

وقال فى الترغيب : فى حرة كتابية وجهان .

ويشمل قوله ﴿ ولا ثمن أمة ﴾ المسلمة والكتابية .

وهو صحيح . وهو المذهب .

وقد أطلق الأمة أبو الخطاب ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف ، والمجد فى محرره ، والشارح ، وابن حمدان ، وغيرهم .

وقيد القاضى ، وابن عقيل : الأمة بالإسلام .

فوائد

الأولى « وجود الطول » هو أن لا يملك ما لا حاضراً . على الصحيح من المذهب .

وفسر الإمام أحمد رحمه الله : الطول بالسعة .

قال القاضى فى المجرد : عدم الطول : أن لا يجد صداق حرة .

زاد ابن عقيل : ولا نفقتها ، وهو أولى . إذا علم ذلك ولم يملك مالا حاضراً ، ووجد من يقرضه ، أو رضيت الحرة بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لم يلزمه . وجاز له نكاح الأمة . جزم به فى المغنى ، والشرح . واختاره القاضى ، والأزجى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن رضيت بتأخير صداقها ، أو بدون مهرها : لزمه .

وقيل : إن رضيت بدون مهر مثلها : لزمه . وإلا فلا .

ولو وهب له الصداق : لم يلزمه قبوله .

الثانية : قال المصنف ــ وتبعه الشارح ــ وذلك بشرط أن لا يجحف بماله . فإن أجحف بماله : جاز له نكاح الأمة . ولو كان قادراً على نكاح الحرة بهذه الصفة .

وقال فى الترغيب : مالا يعد سرفاً .

الثالثة : لو وجد حرة لا توطأ لصغرها ، أو كانت زوجته غائبة : جاز له نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية فى الزوجة . واختاره القاضى .

وقيل : لا يجوز . وهو احتمال فى الرعاية الصغرى .

قال ابن أبى موسى : ليس لحر تحته حرة أن يتزوج عليها أمة . لا أعلم فيه خلافاً ، وللعبد الذى تحته حرة : أن يتزوج عليها أمة . قولا واحداً .

ولو كانت زوجته مريضة جاز له أيضاً نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع . وذكر فى الترغيب وجهين .

الرابعة : قال فى الترغيب : نكاح مَنْ بَعْضُهَا حر أولى من نكاح الأمة . لأن إرقاق بعض الولد أولى من إرقاق جميعه .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ . أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الأَمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فيهما ، فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، فى الأخيرة .

إذا تزوج الأمة وفيه الشرطان ثم أيسر : لم يبطل نكاح الأمة . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا هو المذهب المنصوص ، المجزوم به عند عامة الأصحاب . انتهى .

وصححه فى التصحيح ، والنظم ، والمصنف ، والشارح ، وقالا : هذا ظاهر المذهب .

وقطع به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يبطل .

وخرجها القاضى وغيره من رواية صحة نكاح الحرة على الأمة . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين .

وإذا نكح حرة على الأمة : لم يبطل نكاح الأمة أيضاً . على الصحيح من

المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وابن رجب فى القاعدة التاسعة بعد المائة . وجزم به فى الوجيز . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والرواية الثانية : يبطل .

قدمهما فى الرعايتين . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وقال فى المنتخب : يكون ذلك طلاقاً فيهما ، لا فسخاً .

ونقله ابن منصور فيما إذا تزوج حرة على أمة يكون طلاقاً للأمة . لقول ابن عباس رضى الله عنهما .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره من الأصحاب : أنه لو زال خوف العنت لا يبطل نكاح الأمة . وجزم به فى الرعاية .

وقال فى الترغيب ، والبلغة : حكمه حكم ما إذا أيسر ، ونكح حرة . على ماتقدم . قاله فى القاعدة السابعة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً ، أَوْ أَمَةً . فَلَمْ تُعِفَّهُ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلاً لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

إذا تزوج حرة فلم تعفه ، فأطلق المصنف فى جواز نكاح أمة عليها الروايتين . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

إحداهما : يجوز له ذلك . إذا كان فيه الشرطان قائمين . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم وغيرهما . واختاره ابن عبدوس ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لا يجوز . قطع به ابن أبى موسى ، وغيره .

فعلى المذهب : لو جمع بينهما فى عقد واحد : صح .

وعلى الثانية : لايصح .

ونقل ابن منصور : يصح نكاح الحرة عليها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تحرر لأصحابنا فى تزويج الأمة على الحرة : ثلاث طرق .

أحدها : المنع . رواية واحدة . ذكرها ابن أبى موسى ، والقاضى ، وابن عقيل وغيرهم .

قال القاضى : هذا إذا كان يمكنه وطء الحرة . فإن لم يمكنه : جاز .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذه الطريق هى عندى مذهب الإمام أحمد رحمه الله . وعليها يدل كلامه .

الطريق الثانى : إذا لم تعفه . فيه روايتان . وهى طريقة أبى الخطاب ، ومن حذا حذوه .

الطريق الثالث : فى الجمع روايتان . كما ذكر المجد . انتهى .

وقال فى الفائدة الأخيرة من القواعد : لو تزوج حر ــ خائف العنت غير واجد للطول ــ حرة تعفه بانفرادها ، وأمة فى عقد واحد : صح نكاح الحرة وحدها . وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد . وهو أصح .

وقيل : يصح جمعهما . قاله القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما . انتهى .

وإذا تزوج أمة فلم تعفه . فالصحيح من المذهب : جواز نكاح ثانية بشرطه ثم ثالثة كذلك ، ثم رابعة كذلك . وعليه أكثر الأصحاب .

اختاره ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم .

قال الزركشى : هذا أنص الروايتين عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقطع به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى والفروع ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز له ذلك .

اختاره أبو بكر ، والقاضى فى المجرد .

فائدتان

إحداهما : إذا قلنا : له نكاح أربع : جاز له أن ينكحهن دفعة واحدة .

إذا علم أنه لايُعِفُّه إلا ذلك . صرح به القاضى .

قال الزركشى ، وقد يقال : إن كلام الخرقى يقتضيه .

وقال فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما : فإن لم تُعِفَّه واحدة ، فثانية . ثم ثالثة ثم رابعة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تلخص لأصحابنا فى تزوج الإماء ثلاث طرق

أحدها : طريقة القاضى فى الجامع والخلاف ، وهى : أنه لا يتزوج أكثر من واحدة إلا إذا خشى العنت ، بأن لا يمكنه وطء التى تحته . ومتى أمكنه وطؤها لم يجز .

قال ابن خطيب السلامية : فهل يجعل وجود زوجة يمكن وطؤها أمناً من العنت ؟ والمسألة عنده رواية واحدة .

وكذلك عنده إذا كان تحته حرة سواء .

الطريق الثانى : إذا كان فيه الشرطان : فله أن يتزوج أربعاً ، وإن كان متمكناً من وطء الأولى . وهذا معنى خوف العنت . وهى طريقة أبى محمد . ولم يذكر الخرقى إلا ذلك .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله يقتضى الحل ، وإن كان قادراً على الوطء .

الطريق الثالث : المسألة فى مثل هذا على روايتين . وهى طريقة ابن أبى موسى . انتهى .

الثانية : قوله ﴿ وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الأَمَةِ ﴾ .

ومثله المكاتب ، والمعتق بعضه . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، والفروع ، وغيرهما .

قال فى الفروع : مع أن الشيخ وغيره علل مسألة العبد بالمساواة . فيقتضى المنع فيهما ، وفى المعتق بعضه .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ ﴾ يعنى : العبد ﴿ أَنْ يَنكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المجرد ، والفروع ، والحاوى الصغير .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والرواية الثانية : لايجوز . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قوله ﴿ فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِى الْعَقْدِ : جَازَ ﴾ .

يعنى : على الرواية الأولى . قاله فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وحمل ابن منجا كلام المصنف عليه .

وعلى الرواية الثانية : لايجوز ، ويفسد النكاحان . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يفسد نكاح الأمة وحده . وقدمه فى الرعايتين .

وأطلق الوجهين فى المحرر ، والحاوى الصغير .

ونقل ابن منصور : يصح فى الحرة .

وفى الموجز ، فى العبد رواية : يصح فى الأمة ، وكذا فى التبصرة ، لفقد الكفاءة .

وقال : إن لم تعتبر الكفاءة صح فيهما . وهو رواية فى المذهب .

قوله ﴿ وَيتَخَرَّجُ أَنْ لاَ يَجُوزَ ﴾ .

قال الشارح : بناء على قوله لايجوز نكاح الأمة على حرة .

تنبيه : تقدم قول المصنف « لو تزوج الحر أمة على حرة بشرطه . هل يجوز أم لا ؟ » .

ولكن لو طلق الحرة طلاقاً بائنا جاز له نكاح الأمة فى عدتها ، مع وجود الشرطين .

ذكره القاضى فى خلافه . ونص عليه فى رواية مهنا .

وخرج المجد فى شرح الهداية وجها بالمنع ، إذا منعنا من الجمع فى صلب النكاح مع الغيبة ونحوها .

فائدة : الحر الكتابى كالمسلم فى نكاح الأمة . جزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

لكن قال فى الترغيب ، والبلغة ، وغيرهما : إن اعتبرنا إسلام الأمة فى حق المسلم اعتبرنا كونها كتابية فى حق الكتابى .

وقال فى الوسيلة : المجوسى كالكتابى فى نكاح الأمة .

وقال فى المجموع : وكل كافر كمسلم فى نكاح الأمة .

وتقدم قريبا « إذا ملك كتابى مجوسية . هل له وطؤها أم لا ؟ » .

قوله ﴿ وَلاَ لِلحُرِّ أَنْ يَتزَوَّجَ أَمَتَهُ ، وَلاَ أَمَةَ ابْنِهِ ﴾ .

لايجوز للحر نكاح أمته بلا خلاف . وكذا لو كان له بعضها . صرح به فى الرعاية . وليس له نكاح أمة ابنه . على الصحيح من المذهب .

ذكره القاضى ومن بعده . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : يجوز .

تنبيه : قال ابن رجب : لايجوز للأب الحر نكاح أمة ولده .

ذكره القاضى ومن بعده . وذكروا أصله فى المذهب . وهو وجوب إعفاف الابن أباه عند حاجته إلى النكاح .

وإذا وجب عليه إعفافه كان واجداً للطول .

قال : وعلى هذا المأخذ ، لافرق بين أن يزوجه بأمته أو أمة غيره . وصرح به القاضى فى الجامع . ولا فرق حينئذ بين الأب والجد من الطرفين .

وكذلك يلزم فى سائر من يلزم إعفافه من الأقارب ، على الخلاف فيه . وصرح به ابن عقيل فى الفصول .

ولو كان الابن معسراً لايقدر على إعفاف أبيه ، فهل للأب حينئذ أن يتزوج بأمته ؟ .

ذكر أبو الخطاب فى انتصاره احتمالين : الجواز . لانتفاء وجوب الإعفاف . والمنع لشبهة الملك .

وخرج أيضاً : رواية بجواز نكاح الأب أمة ولده مطلقا من رواية عدم وجوب إعفافه .

وللأصحاب فى المنع مأخذ آخر . ذكره القاضى أيضاً والأصحاب .

وهو أن الأب له شبهة الملك فى مال ولده . وشبهة الملك تمنع من النكاح . كالأمة المشتركة ، وأمة المكاتب .

وعلى هذا المأخذ : يختص المنع بأمة الابن . وهل يدخل فيه الجد وإن علا من الطرفين ؟ فيه نظر .

قال : وللمنع مأخذ ثالث . وهو أن الأب إذا تزوج أمة ولده فأولدها . فهل تصير بذلك مستولدة ، وينعقد ولده حراً أم لا تصير مستولدة ، وينعقد رقيقاً ؟

ذكر القاضى : أن الولد ينعقد رقيقاً . لأن وطأه بعقد النكاح ليس تصرفاً فى مال ولده بحكم الأبوة ، بل هو تصرف بعقد يشاركه فيه الأجانب . فينعقد الولد رقيقاً ، ولا تصير مستولدة .

قال : وهذا مع القول بصحة النكاح ظاهر . وأما مع ظن صحته : ففيه نظر . وأما مع العلم ببطلانه : فبعيد جداً .

وتردد ابن عقيل فى فنونه فى ثبوت حرية الولد واستيلاده ، كتردده فى حكم النكاح . واستشكل القول ببطلانه مع رق الولد وعدم الاستيلاد . وكان أولا أفتى بالرق وعدم ثبوت الاستيلاد ، مستنداً إلى صحة النكاح .

قال ابن رجب : وهذا يقتضى أنه إذا حكم بفساد النكاح لزم حرية الولد واستيلاد أمه .

قال : وهو أظهر ، كما لو نكح أحد الشريكين الأمة المشتركة ثم استولدها . وحينئذ يصير مأخذ المنع من النكاح معرضاً للانفساخ بحصول الولد الذى هو مقصود العقد . فلا يصح . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : جواز تزويج الابن بأمة والده . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الجمهور .

وجزم به الوجيز ، وغيره . وصححه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يجوز .

فعلى المذهب : لو تزوجها ، ثم قال لها : إذا مات أبى فأنت طالق . ثم مات الأب : فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يقع . اختاره القاضى فى الجامع ، والخلاف ، وابن عقيل فى عمد الأدلة ، وأبو الخطاب . لأن الموت يترتب عليه وقوع الطلاق . والملك سبق انفساخ النكاح . فقد سبق نفوذ الطلاق الفسخ ، فنفذ .

والوجه الثانى : لايقع . اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول .

لأن الطلاق قارن المانع ، وهو الملك . فلم ينفذ .

وقدمه المصنف فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل . ويأتى هناك إن شاء الله محررا .

ومثل هذه المسألة : لو تزوج أمة ، وقال « إن اشتريتك فأنت طالق » فيه الوجهان . إن قلنا : ينتقل الملك مع الخيار — وهو الصحيح — لم يقع الطلاق .

وإن قلنا : لاينتقل : وقع الطلاق ، وجها واحداً . ذكره أبو الخطاب .

فائدة : لايجوز للمرأة نكاح عبد ولدها . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يجوز .

تنبيه : مفهوم قوله « ولا للحر أن يتزوج أمة ابنه » .

جواز تزوج الأب بأمة ولده إن كان رقيقاً . وهو صحيح بلا نزاع فيه .

وكذا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها إذا كانت رقيقة .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ ﴾ وكذا بعضها ﴿ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَإِنِ اشْتَرَاهَا ابْنُهُ ﴾ وكذا بعضها ﴿ فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة والمغنى ، والشرح .

أحدهما : ينفسخ . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى الفروع : ينفسخ على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والوجه الثانى : لاينفسخ .

فائدتان

إحداهما : كذا الحكم لو اشتراها ـ أو بعضها ـ مكاتبة . خلافا ومذهبا .

قاله فى الرعاية ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم . إلا أن الخلاف هنا وجهان .

الثانية : حكم شراء الزوجة ـ أو ولدها ، أو مكاتبها ـ للزوج : حكم شراء الزوج ـ أو ولده ، أو مكاتبه ـ للزوجة .

فلو بعثت إلى زوجها تخبره « أنى قد حرمت عليك ، ونكحت غيرك . وعليك نفقتى ونفقة زوجى » فهذه امرأة ملكت زوجها وتزوجت ابن عمها . فيعايى بها .

وتقدم جواز تزويج بنته بعبده . عند « تولى طرفى العقد » .

ويأتى ذلك فى أواخر « باب التأويل فى الحلف » بأتم من هذا .

قوله ﴿ وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ وَمُحَلَّلَةٍ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ . فَهَلْ يَصِحُّ فِيمَنْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر .

إحداهما : يصح فيمن تحل . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والمنصوص : صحة نكاح الأجنبية . وصححه فى التصحيح ، وتجريد العناية .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

واختاره القاضى فى تعليقه ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافيهما والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

والرواية الثانية : لايصح . اختاره أبو بكر .

فائدة : لو تزوج أمًا وبنتًا فى عقد واحد . ففيه وجهان .

أحدهما : يبطل النكاحان معاً . وهو المذهب .

اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يبطل نكاح الأم وحدها . ذكره فى الكافى .

وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين .

وصححه فى الفائدة الأخيرة من القواعد .

وأطلقهما فى الكافى ، والقواعد الفقهية ، فى التاسعة بعد المائة .

قوله ﴿ وَمَنْ حَرُمَ نِكَاحُهَا حَرُمَ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إلاَّ إمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز وطء إماء غير أهل الكتاب .

وذكره ابن أبى شيبة فى كتابه عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار . فلا يصح ادعاء الإجماع مع مخالفة هؤلاء .

قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ ، حَتَّي يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

فى رواية الميمونى . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يحل نكاحه . ذكره فى الرعاية .

وقال الخرقى : إذا قال « أنا رجل » لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد . وان قال « أنا امرأة » لم تنكح إلا رجلا .

واختاره القاضى فى الروايتين .

فعلى هذا : لو قال « أنا رجل » وقبلنا قوله فى ذلك فى النكاح . فهل يثبت

فى حقه سائر أحكام الرجال ، تبعاً للنكاح ، ويزول بذلك إشكاله . أم يقبل قوله فى حقوق الله تعـالى ، وفيما عليه من حقوق الآدميين ، دون ماله منها ، لئلا يلزم قبول قوله فى استحقاقه بميراث ذكر وديته ؟ فيه وجهان .

ذكره فى القاعدة الثالثة والثلاثين بعد المائة .

قوله ﴿ فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ قَالَ « أَنَا امْرَأَةٌ » انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ﴾

هذا تفريع على قول الخرقى . والصحيح : أنه يقبل قوله فى ذلك .

واختاره المصنف ، والمجد ، وغيرهما . وقدمه الزركشى .

وقال القاضى : لايقبل قوله « أنا امرأة » بعد قوله « أنا رجل » وعلله بأنه يريد أن يسقط عنه مهر المرأة . وهـذا ظاهر كلام أبى الخطاب ، وابن عقيل . قاله الزركشى .

وفى نـكاحه لما يستقبل الوجهان الآتيان بعد .

فوائد

الأولى : على قول الخرقى : لو لم يكن متزوجاً ، ورجع عن قوله الأول ، بأن قال « أنا رجل » ثم قال « أنا امرأة » أو عكسه . فظاهر كلام الخرقى والأصحاب : أن له نـكاح ماعاد إليه . قاله فى المحرر . وهو الصحيح .

قال فى الفروع : فلو عاد عن قوله الأول : فله نـكاح ماعاد إليه ، فى الأصح .

وقال فى المحرر : يمنع من نـكاح الصنفين عندى .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام أبى محمد فى الـكافى .

الثانية : قال ابن عقيل فى الفنون : لايجوز الوطء فى الفرج الزائد .

قلت : إذا زوجناه على أنه أنثى : لم يستبعد جواز وطئه فيه . كما يجوز مباشرته فى سائر بدنه ، غير دبره .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايحرم فى الجنة زيادة العدد ، ولا الجمع بين المحارم ، وغيره والله أعلم .

باب الشروط فى النكاح

فائدتان

إحداهما : الشروط المعتبرة فى النكاح فى هذا الباب محل ذكرها : صلب العقد . قاله فى المحرر ، وغيره .

وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، والنظم .

وقاله القاضى فى موضع من كلامه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد ، فى ظاهر المذهب .

وقال على هذا جواب الإمام أحمد رحمه الله ، فى مسائل الحيل . لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولا واحداً .

قال الزركشى : وهذا ظاهر إطلاق الخرقى ، وأبى الخطاب ، وأبى محمد ، وغيرهم

قال : وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى فتاويه : إنه ظاهر المذهب . ومنصوص الإمام أحمد رحمه الله ، وقول قدماء أصحابه ، ومحقق المتأخرين . انتهى .

قلت : وهو الصواب الذى لا شك فيه .

الثانية : لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه ، فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لايلزمه .

قال ابن رجب : ويتوجه صحة الشرط فيه . بناء على صحة الاستثناء منفصلا بنية بعد اليمين ، لاسيما والنكاح تصح الزيادة فيه فى المهر بعد عقده ، بخلاف البيع ، ونحوه .

قوله ﴿ وَهِىَ قِسْمَانِ . صَحِيح : مِثْلُ اشْتِرَاطِ زِيَادَةٍ فِى الْمَهْرِ أَوْ نَقْدِ

مُعَيَّنٍ ، أَوْ لَا يُخْرِجُهَا مِنْ دَارِهَا ، أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ وَلَا يَتَسَرَّى عَلَيْهَا ﴾ .

فهذا صحيح لازم ، إن وفى به ، وإلا فلها الفسخ . هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ظاهر الأثر والقياس : يقتضى منعه من فعل ذلك الشرط الصحيح .

وحكى القاضى أبو الحسين عن شيخه أبى جعفر رواية : أنه لايصح شرط أن لايسافر بها ، ولا يتزوج ، ولا يتسرّى عليها .

ويأتى فى الصداق — بعد قوله « وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية » — لحوق الزيادة فى الصداق بعد العقد . على الصحيح من المذهب .

فوائد

إحداها : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة شرط : أن لايتزوج عليها ، أو إن تزوج عليها فلها أن تطلق نفسها .

الثانية : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله — فى رواية أبى الحارث — صحة دفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مالا على أن لا يتزوج . أما الزوج : فمطلقا . وأما الزوجة : فبعد موت زوجها . ومن لم يف بالشرط لم يستحق العوض . لأنها هبة مشروطة بشرط . فتنتفى بانتفائه .

وقال المجد فى شرحه : لو شرط أحد الزوجين على الآخر أن لايتزوج بعده . فالشرط باطل فى قياس المذهب .

ووجهه : أنه ليس فى ذلك غرض صحيح ، بخلاف حال الحياة . واقتصر فى الفروع على ذكر رواية أبى الحارث .

وتقدم فى باب الموصى له « لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج » .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو خدعها فسافر بها ، ثم كرهته : لم يكن له أن يكرهها بعد ذلك .

قال ابن نصر الله فى حواشيه على الفروع : هذا إذا لم تسقط حقها : واضح . أما لو أسقطت حقها من الشرط : احتمل أن يكون لها الرجوع فيه ، كهبة حقها من القَسْم . واحتمل أن لا يكون لها العودة فيه ، كما لو أسقطت حقها من بعض مهرها المسمى . والفرق واضح . فذكره . انتهى .

قلت : الصواب أنها إذا أسقطت حقها يسقط مطلقاً .

وقال أيضاً : لو شرط أن لايخرجها من منزل أبويها فمات الأب . فالظاهر : أن الشرط يبطل .

ويحتمل أن لا يخرجها من منزل أمها إلا أن تتزوج الأم .

ولو تعذر سكنى المنزل ، لخراب أو غيره . فهل يسقط حقها من الفسخ بنقلها عنه ؟ أفتيت بأنه إن نقلها إلى منزل ترتضيه هى ، فلا فسخ . وإن نقلها إلى منزل لا ترتضيه ، فلها الفسخ . ولم أقف فيه على نقل . انتهى .

قلت : الصواب أن له أن يسكن بها حيث أراد ، سواء رضيت أو لا . لأنه الأصل ، والشرط عارض ، وقد زال . فرجعنا إلى الأصل . وهو محض حقه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه ، فسكنت . ثم طلبت سكنى منفردة ، وهو عاجز ـ : لايلزمه ماعجز عنه ، بل لو كان قادراً ليس لها ـ على قول فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله ـ غير ماشرطت لها .

قال فى الفروع : كذا قال .

قال : والظاهر أن مرادهم صحة الشرط فى الجملة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه ، لا أنه يلزمها . لأنه شرط لحقها لمصلحتها ، لا لحقه لمصلحته ، حتى يلزم فى حقها . ولهذا لو سلمت نفسها من شرطت دارها فيها أو فى داره : لزم . انتهى .

وقال ابن القيم رحمه الله فى الهدى : الشرط العرفى كالمشروط لفظاً . وأطال فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ لَهَا طَلَاقَ ضُرَّتِهَا . فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ صَحِيحٌ ﴾ .

جزم به فى المذهب . ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : إذا شرط لها طلاق ضرتها — وقلنا : يصح فى رواية . ويحتمل أنه باطل . لما ذكر المصنف من الحديث(١) .

قال المصنف : وهو الصحيح .

وقال : لم أر ما قاله أبو الخطاب لغيره .

قلت : قد حكاه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقال : ذكره جماعة .

وصحح ماصححه المصنف فى النظم ، وشرح ابن رزين .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف . فإنه قال : ويصح شرط طلاق ضرتها فى رواية . وذكره جماعة . وقيل : باطل .

فوائد

الأولى : حكم شرط بيع أمته : حكم شرط طلاق ضرتها ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع : وهو الأشهر ، ومثله بيع أمته .

الثانية : حيث قلنا بصحة شرط سكنى الدار أو البلد ، ونحو ذلك : لم يجب

---

(١) قول النبي صلى الله عليه وسلم « لاتسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ مافى صفحتها ولتنكح ، فإن لها ماقدر لها »

الوفاء به على الزوج . صرح به الأصحاب . لكن يستحب الوفاء به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله .

ومال الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى وجوب الوفاء بهذه الشروط . ويجبره الحاكم على ذلك . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وصرح أبو بكر فى التنبيه : أنه لايجوز للزوج مخالفة ما شُرط عليه .

ونص عليه فى رواية حرب ـ فيمن تزوج امرأة ، وشرط لها أن لايخرجها من قريتها . ثم بدا له أن يخرجها ـ قال : ليس له أن يخرجها .

وقد ذكر الزركشى فى شرح المحرر ـ فيما إذا شرطت دارها أو بلدها ـ وجها بأنه يجبر على المقام معها .

وذكر أيضاً : أنه لايتزوج ولا يتسرى إلا بإذنها فى وجه ، إذا شرطته .

إذا علمت ذلك : فلها الفسخ بالنقلة ، والتزويج ، والتسرى . كما قال المصنف

فأما إن أراد نقلها وطلب منها ذلك ، فقال القاضى فى الجامع : لها الفسخ بالعزم على الإخراج . وضعفه الشيخ تقى الدين .

وقال : العزم المجرد لايوجب الفسخ . إذ لاضرر فيه . وهو صحيح ، مالم يقترن بالهمِّ طلبُ نقلةٍ .

الثالثة : لو شرطت أن لا تسلم نفسها إلا بعد مدة معينة : لم يصح . ذكره ابن عقيل فى المفردات ، وأبو الخطاب فى الانتصار .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : صحته ، كاشتراط تأخير التسليم فى البيع والإجارة ، وكما لو اشترطت : أن لا يخرجها من دارها .

الرابعة : ذكر أبو بكر فى التنبيه من الشروط اللازمة : إذا شرط أن لايفرق بينها و بين أبويها ، وأولادها ، أو ابنها الصغير ، وأن ترضعه .

وكذا ذكر ابن أبى موسى : أنها إذا شرطت أن لها ولداً ترضعه ، فلها شرطها .

وقطع به فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

قال فى القاعدة الثانية والسبعين : ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته : صح وكان من المهر .

قال ابن نصر الله فى حواشيه : وظاهره لايشترط مع ذلك تعيين مدة ، كنفقة الزوجة وكسوتها . فإنه ذكرها بعدها . انتهى .

قلت : ليس كذلك . والفرق بين المسألتين واضح .

الخامسة : هذه الشروط الصحيحة : إنما تلزم فى النكاح الذى شرطت فيه .

فأما إن بانت منه ، ثم تزوجها ثانياً : لم تعد هذه الشروط فى هذا العقد الثانى بل يبطل حكمها إذا لم يذكرها فيه . ذكره المجد فى شرحه . وجزم به فى الفروع .

قال ابن رجب : ويتخرج عودها فى النكاح الثانى ، إذا لم يكن استوفى عدد الطلاق : لزم فيه كل ما كان ملتزماً بالعقد الأول .

السادسة : خيار الشرط على التراخى . لا يسقط إلا بما يدل على الرضى ، من قول أو تمكين منها مع العلم . قطع به الأصحاب ، منهم : صاحب المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . ذكروه فى باب العيوب فى النكاح .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانى : فاسِدٌ . وَهُوَ ثَلاثَةُ أَنْوَاعٍ . أَحَدُهَا : مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ . وَهُوَ ثَلاثَةُ أَشْيَاء . أَحَدُهَا : نِكَاحُ الشِّغَارِ . وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلِيَّتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ وَلِيَّتَهُ . وَلاَ مَهْرَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . سواء قالا « و بُضع كل واحدة مهر الأخرى » أولا . وعليه الأصحاب .

وعنه : يصح العقد ، ويفسد الشرط . وهو تخريج فى الهداية .

فعليه : لها مهر المثل .

قوله ﴿ فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا : صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : عليه عامة الأصحاب . صححه الناظم ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الخرقى : لَا يَصِحّ .

وقاله أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار .

وذكره القاضى فى الجامع ، وابن عقيل رواية .

وقيل : لايصح إن قال مع ذلك « وبُضع كل واحدة مهر الأخرى » وإن لم يقل ذلك صح .

واختاره فى المحرر . وابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى الرعاية : وهو أولى .

قال فى الفروع : وظاهر كلام ابن الجوزى يصح معه بتسمية .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : وجهاً ــ واختاره ــ أن بطلانه لاشتراط عدم المهر .

قال : وهو الذى عليه قول الإمام أحمد رحمه الله ، وقدماء أصحابه ، كالخلال وصاحبه .

تنبيه : مراده بقوله «فإن سموا مهراً صح » أن يكون المهر مستقلاً ، غير قليل ولا حيلة . نص عليه .

وقيل : يصح إن كان مهر المثل ، وإلا فلا .

فعلى المذهب : لو سمى لإحداهما مهر ، ولم يسم للأخرى شىء . فسد نكاح من لم يسم لها صداق لاغير .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .

وقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما .

وجزم به فى الرعاية الصغرى . وقدمه فى الكبرى .

فائدة : لو جعلا بُضع كل واحدة ودراهم معلومة صداق الأخرى : لم يصح على الصحيح .

وقيل : يبطل الشرط وحده .

قوله ﴿ الثَّاني: نِكَاحُ الْمُحَلِّلِ . وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَها عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحَلَّهَا طَلَّقَهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المحلل باطل مع شرطه . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه يصح العقد و يبطل الشرط . ذكرها جماعة .

قال الزركشى : وخرج القاضى أبو الخطاب رواية ببطلان الشرط وصحة العقد من اشتراط الخيار .

وخرجها ابن عقيل من الشروط الفاسدة .

قوله ﴿ فَإِنْ نَوَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ : لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ﴾ .

قال الزركشى : نص عليه . وعليه الأصحاب . وهو كما قال .

وقيل : يكره ، و يصح . وذكره القاضى .

وحكاه الشريف ، وأبو الخطاب ــ ومن تبعهما ــ رواية .

ومنع ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله

و يؤخذ من الصحيح من المذهب : أنه لايعتبر أن يكون الشرط فى العقد .

فلو نوى قبل العقد، ولم يرجع عنها : فهو نكاح محلل . وإن رجع عنها ، ونوى عند العقد أنه نكاح رغبة : صح .

قاله المصنف وغيره .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكلام غيره : أن المرأة إذا نوت ذلك لايؤثر في العقد . وهو الصحيح .

وقال في الواضح : نيتها كنيته .

وقال في الروضة : نكاح المحلل باطل إذا اتفقا .

فإن اعتقدت ذلك باطنا ، ولم تظهره : صح في الحكم . وبطل بينها وبين الله تعالى . انتهى .

ويصح النكاح إلى الممات . قاله الأصحاب .

فائدة : لو اشترى عبداً وزوجه بمطلقته ثلاثاً ، ثم وهبها العبد أو بعضه ، ليفسخ نكاحها : لم يصح .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها ، فاشترى عبداً وزوجه بها : فهذا الذي نهى عنه عمر رضي الله عنه . يؤدبان جميعاً . وهذا فاسد . ليس بكفء . وهو شبه المحلل .

قال في الفروع : وتزويجه المطلقة ثلاثاً لعبده بنية هبته ، أو بيعه منها ، ليفسخ النكاح : كنية الزوج . ومن لافرقة بيده . ولا أثر لنيته .

وقال ابن عقيل في الفنون ـ فيمن طلق زوجته الأمة ثلاثاً ، ثم اشتراها لتأسفه على طلاقها : ـ حِلُّها بعيد في مذهبنا . لأنه يقف على زوج وإصابة . ومتى زوجها ـ مع ماظهر من تأسفه عليها ـ لم يكن قصده بالنكاح إلا التحليل . والقصد عندنا يؤثر في النكاح . بدليل ماذكره أصحابنا : إذا تزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج من البلد : لم يصح . ذكره في الفروع .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل

وقال العلامة ابن القيم فى أعلام الموقعين : لو أخرجت من مالها ثمن مملوك ، فوهبته لبعض من تثق به . فاشترى به مملوكا ، ثم خطبها على مملوكه ، فزوجها منه . فدخل بها المملوك ، ثم وهبها إياه : انفسخ النكاح . ولم يكن هناك تحليل مشروط ولا منوى ممن تؤثر نيته وشرطه . وهو الزوج . فإنه لا أثر لنية الزوجة ، ولا الولى ، قال : وقد صرح أصحابنا بأن ذلك يحلها .

فقال فى المغنى : فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها . انتهى .

وهذه الصورة غير التى منع منها الإمام أحمد رحمه الله . فإنه منع من حلها إذا كان المطلق الزوج واشترى العبدوزوجه بإذن وليها ليحلها . انتهى .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : نِكَاحُ الْمُتْعَةِ . وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَي مُدَّةٍ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن نكاح المتعة لا يصح . وعليه الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب .

وعنه : يكره و يصح . ذكرها أبو بكر فى الخلاف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وقال : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : توقف الإمام أحمد رحمه الله عن لفظ « الحرام » ولم ينفه .

قال المصنف ، والشارح : وغير أبى بكر يمنع هذا ، و يقول: المسألة رواية واحدة وقال فى المحرر : و يتخرج أن يصح ، و يلغو التوقيت .

فائدة : لو نوى بقلبه ، فهو كما لو شرطه . على الصحيح من المذهب . نص عليه وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع : وقطع الشيخ فيها بصحته مع النية . ونصه ، والأصحاب على خلافه . انتهى .

وقيل : يصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وقالا : هذا قول عامة أهل العلم ، إلا الأوزاعى ، كما لو نوى : إن وافقته و إلا طلقها .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لم أر أحداً من الأصحاب قال : لا بأس به وماقاس عليه لاريب أنه موجب العقد ، بخلاف ماتقدم . فإنه ينافيه . لقصده التوقيت .

قوله ﴿ وَنِكَاحٌ شَرَطَ فِيهِ طَلَاقَهَا فِى وَقْتٍ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا شرط فى النكاح طلاقها فى وقت : حكمه حكم نكاح المتعة . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

ويتخرج أن يصح النكاح ، و يبطل الشرط . قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ أَوْ عَلَّقَ ابْتِدَاءَهُ عَلَى شَرْطٍ . كَقَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ ، أَوْ إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : بطلان العقد فى ذلك وشبهه .

قال فى الفروع : إذا علق ابتداءه على شرط : فسد العقد ، على الأصح ، كالشرط . وصححه المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى المحرر ، وغيره : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : العقد صحيح . و بَعّدَها القاضى ، وأبو الخطاب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ذكر القاضى وغيره روايتين . والأنص من كلامه : جوازه .

قال ابن رجب : ورواية الصحة أقوى .

قال فى الفائق : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل .

وعنه : يصح . نصره شيخنا . وهو المختار . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قوله فى المحرر « ولا يصح تعليقه بشرط مستقبل » أظن قصد بذلك الاحتراز عن تعليقه بمشيئة الله تعالى . ودخل فى

ذلك قوله : إذا قال « زوجتك هذا المولود إن كان أنثى » أو « زوجتك بنتى إن كانت انقضت عدتها » أو « إن لم تكن زوجت » ونحو ذلك من الشروط الحاضرة والماضية .

وكذلك ذكر الجد الأعلى[1] : أنه لايجوز تعليقه على شرط مستقبل . ولم أرها لغيرهما . انتهى .

وتقدم كلام ابن رجب فى قواعده فى أول « باب أركان النكاح » فليراجع .

قوله ﴿ النَّوْعُ الثَّانى: أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لاَ مَهْرَ لَهَا وَلاَ نَفَقَةَ ، أَوْ أَنْ يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِنِ امْرَأَتِهِ الأُخْرَى أَوْ أَقَلَّ . فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَيَصِحُّ النِّكَاحُ ﴾ .

وكذا لو شرط أحدهما عدم الوطء . وهذا المذهب . نص عليهما .

وصححه فى التصحيح ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : يبطل النكاح أيضاً .

وقيل : يبطل إذا شرطت عليه أن لايطأها .

قال ابن عقيل فى مفرداته: ذكر أبو بكر ـ فيما إذا شرط : أن لايطأ ، أو أن لا ينفق ، أو إن فارق رجع بما أنفق ـ : روايتين . يعنى فى صحة العقد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويحتمل صحة شرط عدم النفقة .

قال : لاسيما إذا قلنا : إنه إذا أعسر الزوج ورضيت به : أنها لاتملك المطالبة بالنفقة بعد .

واختار ـ فيما إذا شرط أن لامهر ـ فساد العقد ، وأنه قول أكثر السلف .

---

(١) هو جد شيخ الإسلام ابن تيمية . ولعله يقصد المجد عبد السلام .

واختار أيضاً الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء ، كشرط ترك ما تستحقه .

وقال أيضـاً : لو شرطت مقام ولدها عندها ، ونفقته على الزوج : كان مثل اشتراط الزيادة فى الصداق . ويُرْجَع فى ذلك إلى العرف ، كالأجير بطعامه وكسوته .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : أَنْ يَشْتَرِطَ الخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِى وَقْتِ كَذَا وَإِلاَّ فَلاَ نِكَاحَ بَيْنَهُمَا . فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره ابن عبدوس ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : صحة الشرط . نقلها ابن منصور . وبَعَّدَها القاضى .

واختـار الشيخ تقى الدين رحمه الله : صحة العقد والشرط ، فيما إذا شرط الخيار .

قوله ﴿ وَفِى صِحَّةِ النِّـكَاحِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والـكافى ، والمغنى فى الثانية ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

إحداهما : يصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله فيما إذا شرط الخيار . كما تقدم عنه .

والرواية الثانية : لا يصح . وقدمه فى المغنى فى الأولى .

فائدة : لو شرط الخيار فى الصداق ، فقيل : هو كشرط الخيار فى النـكاح على ما تقدم .

وقيل : يصح هنا . وأطلقهما فى الفروع .

وقطع المصنف ، والشارح ، بصحة النكاح ، على ما تقدم . وهو الصواب .

وأطلقا فى الصداق ثلاثة أوجه :

صحة الصداق ، مع بطلان الخيار . وصحة الصداق ، وثبوت الخيار فيه . و بطلان الصداق .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً : فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلاَ خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس وغيره .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والكافى .

وقال أبو بكر : له الخيار . وقاله فى الترغيب .

قال الناظم : وهو بعيد .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

فائدة : وكذا الحكم لو تزوجها يظنها مسلمة ، ولم تُعرف بتقدم كفر . فبانت كافرة . قاله فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وأطلقوا الخلاف هنا ، كما أطلقوه فى التى قبلها : فى الشرح ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم هنا فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم : أن له الخيار .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهَا أَمَةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً . فَلاَ خِيَارَ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الجمهور .

قال فى الفروع : فلا فسخ فى الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعاية ، والوجيز ، وغيرهم

وقيل : له الخيار .

فائدة : وكذلك الحكم فى كل صفة شرطها ،فبانت أعلا منها . عند الجمهور .

وقال فى المستوعب : إن شرطها ثيباً ، فبانت بكراً : فله الفسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطهَا بِكْرًا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرطَ نَفْىَ الْعُيُوبِ الَّتِى لاَ يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلاَفِهِ . فَهَلْ لَهُ الْخِيارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع والحاوى الصغير ، وابن رزين فى غير البكر .

إحداهما : له الخيار . واختاره صاحب الترغيب ، والبلغة ، والناظم ، وابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . وهو الصواب .

والثانى : ليس له الخيار . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وقدمه ابن رزين فى البكر . وجزم به فى المستوعب فى النسيبة .

وقيل : له الخيار فى شرط النسب خاصة إذا فقد .

وقال فى الفنون — فيما إذا شرطها بكراً ، فبانت بخلافه — يحتمل فساد العقد لأن لنا قولا — إذا تزوجها على صفة . فبانت بخلافها — ببطلان العقد .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ويرجع على الغارّ .

فائدة : إذا شرطها بكراً — وقلنا : ليس له خيار — فاختار ابن عقيل فى الفصول ، وقاله فى الإيضاح : إنه يرجع بما بين المهرين .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله بقية الشروط .

قلت : وهو الصواب فى الجميع .

قوله ﴿ وَإِنْ تزوّجَ أَمَةً يَظُنُّهَا حُرّةً ﴾

وكذا لو شرطها حرة فبانت أمة .

﴿فَأَصَابَهَا وَوَلَدَتْ مِنْهُ . فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَيَفْدِيهِمْ بِمِثْلِهِمْ يَوْمَ وِلادَتِهِمْ ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . وَيُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الإِمَاءِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ : فَلَهُ الْخِيَارُ . فَإِنْ رَضِيَ بِالْمُقَامِ مَعَهَا ، فَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ : فَهُوَ رَقِيقٌ﴾ .

اعلم أنه إذا تزوج أمة يظنها حرة ، أو شرطها حرة ـ واعتبر فى المستوعب مقارنة الشرط للعقد . واختاره قبله القاضى ـ فبانت أمة ، فلا يخلو : إما أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أولا .

فإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء . فالمذهب : أن النكاح باطل ، كما لو علم بذلك . وعليه الأصحاب . وقطعوا به . وقدمه فى الفروع ، وقال : وعند أبى بكر يصح . فلا خيار .

واعلم أن قول أبى بكر : إنما حكى عنه فيما إذا شرطها أمة فبانت حرة . كما تقدم .

وذكر القاضى فى الجامع : أنه قياس قوله « فيما إذا شرطها كتابية فبانت مسلمة » ثم فرق بينهما .

فالذى نقطع به : أن نقل صاحب الفروع هنا عن أبى بكر : إما سهو ، أو يكون هنا نقص . وهو أولى .

ويدل على ذلك : أنه قال بعده : وبناه فى الواضح على الخلاف فى الكفاءة . فهذا لا يلائم المسألة . والله أعلم .

وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء : فله الخيار . كما قال المصنف .

وظاهره وظاهر كلام جماعة : إطلاق الظن . فيدخل فيه : ظنه أنها حرة الأصل أو عتيقة .

وقطع فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والمنور ، والفروع وغيرهم : أنه لاخيار له إذا ظنها عتيقة . وهذا المذهب . ولعله مراد من أطلق .

وظاهر كلام الزركشي : التنافى بين العبارتين .

وقدم فى الترغيب : أنه لو ظنها حرة لاخيار له .

وقيل : لاخيار لعبد . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لا فسخ مطلقاً . حكاه فى الرعاية الصغرى .

فإذا اختار المقام تقرر عليه المهر المسمى كاملا . على الصحيح من المذهب .

وقيل : ينسب قدر مهر المثل إلى مهر المثل كاملا . فيكون له بقدر نسبته من المسمى ، يرجع به على من غره .

فائدة : لو أبيح للحر نكاح أمة ، فنكحها ، ولم يشترط حرية أولاده : فهم أرقاء لسيدها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أن ولد العربى يكون حراً . وعلى أبيه فداؤه . ذكره الزركشى فى آخر كتاب النفقات على الأقارب .

وإن شرط حرية الولد ، فقال فى الروضة ــ فى إرث غُرَّة الجنين ــ : إن شرط زوج الأمة حرية الولد : كان حراً . وإن لم يشترط : فهو عبد . انتهى . ذكره فى الفروع فى أواخر « باب مقادير ديات النفس » .

قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين ـ فى الجزء الثالث فى الحيل ـ المثال الثالث والسبعون : إذا شرط الزوج على السيد حرية أولاده : صح . وما ولدته فهم أحرار .

قوله ﴿ وَالْوَلَدُ حُرٌّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقال : ينعقد حراً باعتقاده .

قال ابن عقيل : ينعقد حراً ، كما ينعد ولد القرشى قرشياً .

وعنه : الولد بدون الفداء رقيق .

قوله ﴿ وَيَفْدِيهِمْ ﴾ .

هذا المذهب . قاله فى المغنى ، وغيره .

قال الشارح : وهو الصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لا يلزمه فداؤهم .

قال الزركشى : نقل ابن منصور : لا فداء عليه ، لانعقاد الولد حراً .

وعنه : أنه يقال له « افتد أولادك ، و إلا فهم يتبعون الأم » .

قال المصنف ، والشارح : فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم و بين تركهم رقيقاً .

فعلى المذهب : يفديهم بقيمتهم . على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا .

وقدمه فى الفروع فى « باب الغصب » لأنه أحاله عليه . وجزم به فى الوجيز .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى القيمة . قدمه فى الفائق . واختاره أبو بكر .

قاله المصنف ، والشارح . و يحتمله كلام المصنف هنا .

وعنه : يضمنهم بأيهما شاء . اختاره أبو بكر فى المقنع .

وعنه : يفديهم بمثلهم فى صفاتهم تقريباً . اختاره الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والخلاف هنا كالخلاف المذكور فى باب الغصب ، فيما إذا اشترى الجارية من الغاصب ، أو وهبها له ، ووطئها وهو غير عالم . فإن الأصحاب أحالوه عليه .

قوله ﴿ يَوْمَ وِلادَتِهِمْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : وقت الخصومة .

فائدتان

إحداهما : لايضمن منهم إلا من ولد حياً فى وقت يعيش لمثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك .

الثانية : ولد المكاتبة مكاتب . ويغرم أبوه قيمته ، على الصحيح من الروايتين .

والمعتق بعضها : يجب لها البعض فيسقط . وولدها يغرم أبوه قدر رقه .

تنبيه : قوله ﴿ فَبَانَتْ أَمَةً ﴾ .

يعنى : بالبينة لاغير . على الصحيح من المذهب .

وقيل : و بإقرارها أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ . وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ﴾ .

فيكون الفداء متعلقاً بذمته . وهو المذهب .

جزم به الخرق ، وصاحب الوجيز ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن منجا .

وقيل : يتعلق برقبته . وهو رواية فى الترغيب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهذا هو المتوجه قولاً واحداً . لأنه ضمان جناية محضة .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يتعلق بكسبه . فيرجع به سيده فى الحال .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾ .

بلا نزاع ، كأمره بإتلاف مال غيره بأنه له . فلم يكن له . ذكره فى الواضح .

لكن من شرط رجوعه على من غره : أن يكون قد شرط له أنها حرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : إن كان الشرط مقارنا للعقد : رجع ، وإلا فلا .

اختاره القاضى . وقطع به فى المستوعب ، فقال « الشرط الثالث : أن يشترط حريتها فى نفس العقد . فأما إن تقدم ذلك على العقد : فهو كما لو تزوجها مطلقاً من غير اشتراط الحرية . فلا يثبت له خيار الفسخ » انتهى .

وقال فى المغنى ، والشرح : ويرجع أيضا بذلك على من غره ، مع إيهامه بقرينة حريتها .

وفى المغنى أيضاً : ولو كان الغار أجنبياً كوكيلها .

قال فى الفروع : وما ذكره فى المغنى : هو إطلاق نصوصه . وقاله أبو الخطاب .

وقاله أيضاً فيما إذا دلس غير البائع .

قال الزركشى : وظاهر كلام أحمد رحمه الله — فى رواية حرب — يقتضى الرجوع مع الظن . وهو اختيار أبى محمد ، وأبى العباس . إذ الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يستفصلوا .

ويحقق ذلك : أن الأصحاب لم يشترطوا ذلك فى الرجوع فى العيب . انتهى .

فائدة : لمستحق الفداء مطالبة الغار ابتداء . نص عليه . وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الرعاية ، قلت : كما لو مات عبداً أو عتيقاً أو مفلساً .

وجعل الشيخ تقى الدين رحمه الله : فى المسألة روايتين .

قال ابن رجب : وكذلك أشار إليه جده فى تعليقه على الهداية .

قال ابن رجب رحمه الله : وهو الأظهر .

ويرجع هذا إلى أن المغرور : هل يطالب ابتداء بما يستقر ضمانه على الغار ، أم لا يطالب به سوى الغار ؟ كما نص عليه فى رواية جماعة هنا .

ومتى قلنا : يخير بين مطالبة الزوج والغار ، فلا فرق بين أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً ، أو يكونا موسرين .

وإن قلنا : لا يجوز سوى مطالبة الغـار ابتداء ، وكان الغار معسراً والآخر موسراً : فهل يطالب هنا ؟ فيه تردد .

وقد تشبه المسألة بما إذا كانت عاقلة القاتل خطأ ممن لا تحمل العقل . فهل يحمل القاتل الدية ، أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان

الأول : سكوت المصنف عن ذكر المهر يدل على أنه لا يرجع به . وهو إحدى الروايتين . اختاره أبو بكر .

قال القاضي : الأظهر أنه لا يرجع . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال : كنت أذهب إلى حديث على رضى الله عنه ثم هِبْتُه . وكأنى أميل إلى حديث عمر رضى الله عنه ، فحديث على رضى الله عنه بالرجوع بالمهر . وحديث عمر رضى الله عنه بعدمه .

والرواية الثانية : يرجع به أيضاً . اختاره الخرقى .

قال الزركشى : اختاره القاضى ، وأبو محمد ـ يعنى به المصنف ـ وغيرهما .

وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم .

قلت : وهو المذهب .

فعلى هذه الرواية : يجب المهر المسمى . على الصحيح من المذهب .

وعنه : مهر المثل . اختاره المصنف .

ويأتى ذلك فى آخر كتاب الصداق فى النكاح الفاسد .

الثانى قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ﴾

إن كان الغار السيد : عتقت إذا أتى بلفظ الحرية ، وزالت المسألة .

وإن كان بغير لفظ الحرية : لم تعتق ، ولم يجب له شىء . إذ لا فائدة فى وجوب شىء له ، ويرجع به عليه .

لكن إن قلنا : إن الزوج لايرجع بالمهر ، وجب للسيد . وإن كان الغار للأمة رجع عليها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

واختاره القاضى ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : لايرجع عليها . وأطلقهما الزركشى .

نقل ابن الحكم لايرجع عليها .

قال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لايرجع عليها .

قال الزركشى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية جماعة : لايرجع عليها .

فعلى الأول : هل يتعلق بذمتها ، أو برقبتها ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع

قال المصنف ، والشارح ، وابن رزين فى شرحه ، والزركشى : هل يتعلق برقبتها أو بذمتها ؟ على وجهي استدانة العبد بدون إذن سيده .

وتقدم ذلك فى أواخر « باب الحجر » وأن الصحيح : أنه يتعلق برقبته .

وقال القاضى : قياس قول الخرقى : أنه يتعلق بذمتها . لأنه قال فى الأمة — إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها — يتبعها به إذا عتقت . فكذا هنا .

وإن كانت الغارة مكاتبة : فلا مهر لها فى أصح الوجهين .

قاله فى الفروع . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وإن كان الغار أجنبياً ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه .

ونص عليه فى رواية عبد الله ، وصالح .

وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وظاهر كلام القاضى : عدم الرجوع عليه . فإنه قال : الغار وكيلها ، أو هى نفسها . قاله الزركشى

وإن كان الغار الوكيل: رجع عليه فى الحال .

وإن كان الغرر منها ومن وكيلها : فالضمان بينهما نصفان . قاله فى المستوعب وغيره .

ويأتى نظيرها فى الغرر بالعيب .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ تزوّجتْ رجُلاً عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ تَظُنُّهُ حُرًّا فَبَانَ عَبْدًا ، فلهَا الخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع . ونص عليه .

ولكن لو شرطت صفة غير ذلك ، فبان أقل منها : فلا خيار لها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لو شرطته نسيباً ، لم يُخِلَّ بكفاءة ، فلم تكن : فلا فسخ لها .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : فى النسب ، ولو كان مماثلا لها .

وفى الجامع الكبير : وغَرَّه شرط حرية ونسب .

واختاره الشيخ تقى الدين ، كشروطه وأولى . لملكه طلاقها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الأَمَةُ وَزَوْجُهَا حُرٌّ : فَلاَ خِيَارَ لَهَا فِى ظَاهِرِ المَذْهَبِ ﴾

وهوا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المذهب المنصوص ، والمختار بلا ريب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وصححه المجد ، والناظم ، وغيرهما .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والهداية ، وغيرهم .

وعنه : لها الخيار . وقدمه فى المحرر .

وهو ظاهر ما جزم به فى المنور . وهما وجهان مطلقان فى الخلاصة .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره : أن لها الخيار فى الفسخ تحت حر .
وإن كان زوج بَرِيرة عبداً . لأنها ملكت رقبتها . فلا يملك عليها إلا باختيارها .

ويأتى قريباً « إذا عتق بعضها أو بعضه : هل يثبت لها الخيار أم لا ؟ » .

فائدة : لو عتق العبد وتحته أمة : فلا خيار له ، على الصحيح من المذهب .
وعليه الأصحاب .

وفى الانتصار : احتمال بأن له الخيار . وحكاه عن الإمام الشافعى رحمه الله .

وفى الواضح : احتمال ينفسخ ، بناء على غناه عن أمة بحرة .

وذكر غيره وجهان إن وجد طولا .

وفى الواضح أيضاً : احتمال يبطل . بناء على الرواية فيما إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة . فإنه يبطل .

وتقدم ذلك فى الكفاءة قبل قوله « والعرب بعضهم لبعض أكفاء » .

فعلى المذهب : قال المصنف ، والشارح : لاخيار له . لأن الكفاءة تعتبر فيه لا فيها . فلو تزوج امرأة مطلقاً . فبانت أمة : فلا خيار له . ولو تزوجت رجلا مطلقاً . فبان عبداً : فلها الخيار . فكذلك فى الاستدامة .

قال فى الفروع : كذا قال .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع فى المذهب .

وحكاه ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما : إجماعاً .

﴿ فَلَهَا الْفَسْخُ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ فَسْخِهَا ، أَوْ مَكَّنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا : بَطَلَ

خِيَارُهَا . فَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالعِتقِ ـ وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ـ أَوِ الْجَهْلَ بِملْكِ الفَسْخِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُها ﴾ .

إذا عتق قبل فسخها : سقط خيـارها . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الزركشي ، وقيل : إنه وقع للقاضي وابن عقيل مايقتضي : أنه لايسقط .

ويأتي قريباً في كلام المصنف ﴿ إذا عتقا معاً ﴾ .

وأما إذا مكنته من وطئها مختارة ، وادعت الجهل بالعتق ـ وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها ، مثل أن يعتقها وهو في بلد آخر ونحوه ، أو ادعت الجهل بملك الفسخ ـ فقدم المصنف هنا قبول قولها ، ولـكن مع يمينها . ولها الخيار . وهو إحدى الروايتين .

وحكاه المصنف في المغنى عن القاضي وأصحابه .

وحكاه في الـكافي عن القاضي ، وأبي الخطاب .

وحكاه في الشرح عن القاضي . وهو قول في الرعاية . واختاره جماعة .

وجزم به في مسبوك الذهب ، والمنور .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوى الصغير .

قال في الرعاية الصغرى : فلها الفسخ في الأصح .

وقال الخرقي : يَبْطُلُ خِيَـارهَا ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ . وهو المذهب . نص عليه في رواية الجماعة فيهما .

قال الزركشي : هذا نص الروايتين ، واختيار الخرقي ، وابن أبي موسى ، والقاضي في المجرد ، والجامع . وقدمه في المغنى ، والشرح .

وينبني عليهما وطء الصغيرة المجنونة . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يسقط خيارها . على الروايتين .

وقيل : إن ادعت جهلا بعتقه : فلها الفسخ .

فإن ادعت جهلا بملك الفسخ : فليس لهـا الفسخ . وجزم به فى الوجيز .

وجزم به فى المحرر ، فى الأولى . وأطلق فى الثانية الروايتين .

وقال الزركشى : تقبل دعواها الجهل بالعتق فيما إذا وطئها ، والخيار بحاله . هذا المذهب المشهور لعامة الأصحاب .

وعن القاضى فى الجامع الـكبير : يبطل خيارها .

وقال فى الرعاية الـكبرى : فإن لم تختر ، حتى عتق ، أو وطىء طوعاً ، مع علمها بالخيار : فلا خيار لها . وكذا مع جهلها به .

وقيل : لا يبطل . فإن لم تعلم هى عتقها حتى وطئها : فوجهان .

فإن ادعت جهلاً بعتقه ، أو بعتقها ، أو بطلب الفسخ ، ومثلها يجهله : فلهـا الفسخ إن حلفت .

وعنه : لا فسخ . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالعِتْقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ﴾ .

هذا الصحيح .

وقيل : ما لم يخالفها ظاهر .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : حكم مباشرته لها حكم وطئها ، وكذا تقبيلها . إذ مناطها مايدل على الرضى . قاله الزركشى . وهو صحيح .

الثانية : يجوز للزوج الإقدام على الوطء ، إذا كانت غير عالمة .

قال المجد فى شرحه : قياس مذهبنا جوازه .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : وفيما قاله نظر . والأظهر : تخريجه على الخلاف .

يعنى الذى ذكره فى أصل القاعدة . فإنه لا يجوز الإقدام عليه .

الثالثة : لو بذل الزوج لها عوضاً على أنها تختاره : جاز . نص عليه فى رواية مهنا . ذكره أبو بكر فى الشافى .

قال ابن رجب رحمه الله : وهو راجع إلى صحة إسقاط الخيار بعوض .

وصرح الأصحاب بجوازه فى خيار البيع .

الرابعة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد ، إذا أعتقها ، فرضيت : لزمها ذلك .

قال : ويقتضيه مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، فإنه يجوز العتق بشرط .

قال فى القاعدة الرابعة والثلاثين : إذا عتقت الأمة المزوجة : لم تملك منفعة البضع ، إنما يثبت لها الخيار تحت العبد .

قال : ومن قال بسراية العتق ، قال : قد ملكت بُضْعها . فلم يبق لأحد عليها ملك . فصار الخيار لها فى المقام وعدمه ، حراً كان أو عبداً .

قال : وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج : صح . ولم تملك الخيار ، حراً كان أو عبداً . ذكره الشيخ .

قال : وهو مقتضى المذهب . انتهى .

والظاهر : أنه أراد بالشيخ : الشيخ تقى الدين ، أو سقط ذكره فى الكتابة .

قوله ﴿ وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَالَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَى ﴾ .

بلا خلاف فى ذلك .

ويأتى خيار العيب : هل هو على التراخى أو على الفور ؟ فى أواخر الباب الآتى بعد هذا .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ ﴾ .

أنه ليس لها خيار قبل البلوغ . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : لها الخيار إذا بلغت تسعاً . وهو المذهب .

قال فى الفروع : إذا بلغت سنا يعتبر قولها فيه : خيرت .

وذكره القاضى فى المجرد . وجزم به فى المستوعب . وصرح بأنها بنت تسع .

وكذا صرح به ابن البنا فى العقود ، فقال : إذا كانت صغيرة فعتقت ، فهى على الزوجية إلى أن تبلغ حداً يصح إذنها . وهى التسع سنين فصاعداً . انتهى .

وقال ابن عقيل : إذا بلغت سبعاً ، بتقديم السين .

وقال الشيخ تقى الدين : اعتبار صحة إذنها بالتسع أو السبع : ضعيف . لأن هذا ولاية استقلال . وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ ، كالعفو عن القصاص ، والشفعة ، وكالبيع . بخلاف ابتداء العقد . فإنه يتولاه الولى بإذنها . فتجتمع الولايتان . وبينهما فرق . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا : وَقَعَ الطَّلَاقُ . وَبَطَلَ خِيَارُهَا ﴾

يعنى إذا كان طلاقا بائنا .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال القاضى : طلاقه موقوف . فإن اختارت الفسخ : لم يقع ، وإلا وقع .

وقيل : هذا إن جهلت عتقها .

وأطلق فى الترغيب فى وقوعه وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتِ الْمُعْتَدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ فَلَهَا الْخِيَارُ ﴾ .

بلا نزاع ، سواء عتقت ثم طلقت ، أو طلقت ثم عتقت فى عدتها . فإن رضيت بالمقام ، فهل يبطل خيارها ؟ على وجهين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : يبطل . وهو المذهب . اختاره المصنف وغيره .

وصححه فى التصحيح ، والمذهب ، فقال : سقط خيارها فى أصح الوجهين .

قال الناظم : هذا أشهر الوجهين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يبطل خيارها .

قوله ﴿ وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْفُرْقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ﴾

بلا نزاع ، سواء كان مسمى المهر ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَلاَ مَهْرَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وقال أبو بكر : لسيدها نصف المهر .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها مهنا .

وجزم به فى الرعايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

فعليها إن لم يكن فرض : وجبت المتعة ، حيث يجب ، لوجوبه له . فلا يسقط بفعل غيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلاَ خِيَارَ لَهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . اختاره ابن أبى موسى ، والقاضى ، والمصنف ، وغيرهم .

قال فى مسبوك الذهب : لم يثبت لها خيار فى ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذه الرواية هى المختارة من الروايتين .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : حكمها حكم عتقها كلها . واختاره أبو بكر فى الخلاف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة .

فعلى المذهب : لو زوج مدبرة له لا يملك غيرها ـ قيمتها مائة ـ بعبد على مائتين مهراً ، ثم مات السيد : عتقت ، ولا فسخ لها قبل الدخول ، لئلا يسقط المهر ، أو يتنصف . فلا تخرج من الثلث ، فيرق بعضها فيمتنع الفسخ .

ذكره فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قلت : فيعايى بها .

وهى مستثناة من كلام المصنف وغيره ممن أطلق .

فائدة : لو عتقت الأمة وزوجها بعضه حر معتق : فلا خيار لها . قدمه فى الفروع .

وقيل : لها الخيار . جزم به فى الترغيب ، والرعاية الكبرى .

فلو عتق بعضها ، والزوج بعضه معتق ، فلا خيار لها . على الصحيح . قدمه فى الفروع .

وعنه : لها الخيار .

وعنه : لها الخيار إن كانت حريتها أكثر .

وصحح فى البلغة ، والرعاية الكبرى : عدم الخيار إذا كانا متساويين فى الحرية .

وقدمه فى الرعاية الصغرى .

وأطلق فيما إذا تساويا فى العتق ـ فى الحاوى الصغير ـ وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا . فَلاَ خِيَارَ لَهَا ﴾ .

يعنى إذا قلنا : لاخيار للمعتقة تحت حر . وهذا المذهب .

قال القاضى ، فى بعض كتبه : هذا قياس المذهب .

واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم .

وصححه فى التصحيح ، والحاوى .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : لها الخيار .

وقال الزركشى : هى أنصهما .

وصححها القاضى فى كتاب الروايتين . وهى قول فى الرعاية . وقدمه فى المحرر .

قال فى القاعدة السابعة والخمسين : فيه روايتان منصوصتان .

وعنه : ينفسخ نكاحها . نقلها الجماعة .

قال المصنف فى المغنى : ومعناه ـ والله أعلم ـ أنه إذا وهب لعبده سرية ، وأذن له فى التسرى بها . ثم أعتقهما جميعاً : صارا حرين . وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد .

هكذا روى جماعة من أصحابه ، فيمن وهب لعبده سرية ، أو اشترى له سرية ، ثم أعتقها : لايقربها إلا بنكاح جديد .

وأما إذا كانت امرأته ، فعتقا : لم ينفسخ نكاحه بذلك . لأنه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلئلاَّ ينفسخ باعتاقهما معاً أولى .

ويحتمل أن الإمام أحمد رحمه الله إنما أراد بقوله « انفسخ نكاحهما » أن لهما فسخ النكاح .

وهذا يخرج على الرواية التى تقول : بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حراً قبل العتق . انتهى .

قال العلامة ابن القيم رحمه الله : وهذا تأويل بعيد جداً من لفظ الإمام أحمد رحمه الله . فإن كلام الإمام أحمد ـ فى رواية ابن هانىء ، وحرب ، ويعقوب بن بختان ـ « إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقهما : لا يجوز أن يجتمعا حتى يجددا النكاح » .

فرواه الثلاثة بلفظ الواحد . وهو « أنه زوج عبده من أمته » ثم قوله « حتى يجدد النكاح » مع قوله « زوج » صريح فى أنه نكاح لاتسَرٍّ .

قال : وللبطلان وجه دقيق ، وهو : أنه إنما زوجها بحكم الملك لها . وقد زال ملكه عنهما . بخلاف تزويجها لعبد غيره .

ولهذا كان فى وجوب المهر فى هذه المسألة نزاع .

فقيل : لا يجب المهر بحال .

وقيل : يجب ويسقط .

والمنصوص : أنه يجب . ويتبع به بعد العتق . بخلاف تزويجها لعبد غيره . انتهى .

باب حكم العيوب فى النكاح

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا فِى إِمْكَانِ الْجِمَاعِ بِالْبَاقِى، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : قُبل قولها فى الأصح .

ويحتمل أن القول قوله . وهو لأبى الخطاب . واختاره بعض الأصحاب .

ومحله : ما لم تكن بكراً . صرح به فى المحرر ، وغيره . وهو واضح . وأطلقهما فى البلغة .

قوله ﴿ الثَّانى : أَنْ يَكُونَ عِنِّيناً لاَ يُمْكِنُهُ الْوَطْءُ ﴾ .

العنين : هو الذى لا يمكنه الوطء . على الصحيح من المذهب .

وقيل : هو الذى له ذكر ولكنه لا ينتشر .

قوله ﴿ فَإِنِ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ : أُجِّلَ سَنَةً مُنْذُ تَرَافُعِهِ . فَإِنْ وَطِىءَ فِيهَا ، وَإِلاَّ فَلَهَا الْفَسْخُ ﴾ .

إذا اعترف بالعُنَّة ، أو أقامت هى بينة بها : أجل سنة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هذا المذهب .

قال الزركشي : هذا المذهب المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . انتهى .

واختار جماعة من الأصحاب : أن لها الفسخ فى الحال . منهم : أبو بكر فى التنبيه ، والمجد فى المحرر .

تنبيه : مفهوم قوله « وإن اعترف بذلك أجل » أنه لو أنكر لا يؤجل مالم تقم بينة . وهو صحيح . وهو المذهب . اختاره القاضى فى التعليق .

قال فى الفروع : والأصح لا يؤجل .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : يؤجل . وقدمه فى النظم .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وقاله القاضى فى التعليق أيضاً فى موضع آخر .

وعنه : يؤجل للبكر .

فعلى المذهب : يحلف . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويحلف فى الأصح .

قال الزركشي : يحلف . على الصحيح من الوجهين . وجزم به فى المنور .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم .

وقيل : لا يحلف .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال القاضى : الوجهان مبنيان على دعوى الطلاق .

فعلى المذهب : لو نكل أجل . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور والزركشي .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : ترد اليمين . فيحلف ويؤجل .

فائدتان

إحداهما : المراد بالسَّنة هنا : السنة الهلالية اثنى عشر شهراً هلالياً .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هذا هو المفهوم من كلام العلمـاء . فإنهم حيث أطلقوا « السنة » أرادوا بها الهلالية .

قال : ولـكن تعليلهم بالفصول يوهم خلاف ذلك .

قال ابن رجب : وقرأت بخط ولد أبى المعالى ابن منجا ـ يحكى عن والده ـ أن المراد بالسنة هنا : هى الشمسية الرومية ، وأنها هى الجامعة للفصول الأربعة التى تختلف الطباع باختلافها ، بخلاف الهلالية .

قال : وما أظنه أخذ ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لامن تصريحهم به . انتهى .

قلت : الخطب فى ذلك يسير ، والمدة متقاربة . فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يوماً وربع يوم ، أو خمس يوم .

الثانية : لو اعتزلت المرأة الرجل : لم تحتسب عليه من المدة . ولو عزل نفسه أو سافر : احتسب عليه ذلك . ذكره فى البلغة .

وذكر فى عمد الأدلة احتمالين . هل يحتسب عليه فى مدة نشوزها ، أم لا ؟ ووقع للقاضى فى خلافه تردد .

وذكر فيه أيضاً : أنه لا يحتسب عليه بمدة الرجعة .

تنبيه : شمل قوله ﴿ فَإِنِ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً : بَطَلَ كَوْنُهُ عِنِّينًا ﴾ الوطء فى الحيض ، والإحرام ، وغيرهما . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يبطل كونه عنيناً بوطئه فى الحيض والإحرام .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قلت : هذا ضعيف جداً .

فائدتان

إحداهما : يكفى فى زوال «العُنَّة» تغييب الحشفة . على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يشترط إيلاجه جميعه . قطع به القاضى فى الجامع . ونقله عنه ابن عقيل .

فعلى الأول : يكفى تغييب قدر الحشفة من الذكر المقطوع . قدمه فى الرعاية الكبرى ، والزركشى .

وقيل : يشترط إيلاج بقيته . قاله القاضى فى الجامع . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وذكر الوجهين فى المجرد .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

الثانية : لو وطئها فى الردة : لم تزل به العنة .

ذكره القاضى محل وفاق مع الشافعية .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : زوالها بذلك . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَهَا فِى الدُّبُرِ ، أَوْ وَطِىءَ غَيْرَهَا : لَمْ تَزُلْ العُنَّةُ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَزُولَ ﴾ وهو وجه .

قال فى الهداية : ويخرج على قول الخرقى : أنها تزول .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب : لم تزل العنة على قول الخرقى وجزم به فى المنور .

وهو مقتضى قول أبى بكر . واختاره ابن عقيل .

وهو ظاهر ماجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . فإنه قال : وتزول بإيلاج الحشفة فى فرج .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والفروع .

وقال : لاختلاف أصحابنا فى إمكان طريان العنة ، على مافى الترغيب ، وغيره . وعلى مافى المغنى ، وغيره : ولو أمكن ، لأنه بمعناه . ولهذا جزم بأنه لو عجز لِكِبَرٍ ، أو مرض لايرجى برؤه : ضُربت المدة . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

قال فى البلغة : اختلف أصحابنا : هل يمكن طريانها ؟ على وجهين .

وينبنى عليها : لو تعذر الوطء فى إحدى الزوجتين ، أو كان يمكن فى الدبر دون غيره .

قال فى الرعايتين : وإن وطىء غيرها ، أو وطئها فى الدبر ، أو فى نكاح آخر : لم تزل عنته . لأنها قد تطرأ فى الأصح .

وقيل : تزول ، كمن أقرت أنه وطئها فى هذا النكاح .

قال الزركشى : ولعل هذين الوجهين مبنيان على تصور طريان العنة .

وقد وقع للقاضى ، وابن عقيل : أنها لاتطرأ . وكلامهما هنا يدل على طريانها

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا . وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . وَشَهِدَتْ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثِقَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه يكفى شهادة امرأة ثقة . كالرضاع . وعليه الأصحاب

قال الزركشى : هى المشهورة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، والرعاية ، والزركشى ، وغيرهم .

وعنه : لايقبل إلا اثنتان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فلو قال « أزلت بكارتها ، ثم عادت » وأنكرت هى : كان القول قولها . بلا نزاع . ويحلف . على الصحيح من المذهب .

قطع به القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن الجوزى فى المذهب ، ومسبوك الذهب والسامرى فى المستوعب ، وأبو المعالى فى الخلاصة ، والمجد ، وغيرهم .

وقيل : لايمين عليها . ويحتمله كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . قاله الزركشى .

فائدة : لو تزوج بكراً ، فادعت أنه عنين ، فكذبها ، وادعى أنه أصابها ، وظهرت ثيباً ، فادعت أن ثيوبتها بسبب آخر : فالقول قول الزوج . ذكره الأصحاب .

قال فى القاعدة الثالثة عشر : ويتخرج فيه وجه آخر .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

هذا إحدى الروايات . جزم به فى العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

واختاره القاضى فى كتاب الروايتين ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس ، فى تذكرته .

وعنه : القول قولها . وهو المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الخرقى : يُخَلَّى معها فى بيت ، ويقال له : أخرج ماءك على شىء . فإن ادعت أنه ليس بمنى : جعل على النار . فإن ذاب : فهو مَنِىٌّ ، وبطل قولها .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها مهنا ، وأبو داود ، وأبو الحارث وغيرهم .

واختارها القاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى .

وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

فعلى هذا : لو ادعت أنه مَنِيُّ غيره . فقال فى المبهج : القول قولها .
وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية أبي داود ـ : أن القول قوله .
قلت : وهو الصواب .

وقال أبو بكر فى التنبيه : يزوج امرأة من بيت المال .

قال القاضى : لها دين .

وقال المصنف : لها حظ من الجمال .

فإن ذكرت أنه قربها : كذبت الأولى . وخيرت الثانية فى الإقامة والفراق .
ويكون الصداق من بيت المال . وإن كذبته فرق بينه وبين الأولى ، وكان الصداق عليه من ماله .

واعتمد فى ذلك على أثر رواه عن سمرة . وضعفه الأصحاب وردوه . منهم المصنف .

تنبيه : اعلم أن المجد ، ومن تابعه : خص الرواية الثانية بما إذا ادعى الوطء بعد ماثبتت عنته وأجل . لأنه انضم إلى عدم الوطء : وجود مايقتضى الفسخ .

وجعلوا ـ على هذه الرواية ـ إذا ادعى الوطء ابتداء ، وأنكر العنة : أن القول قوله مع يمينه . وهى طريقة صاحب الفروع .

قال الزركشى : وأطلق هذه الرواية جمهور الأصحاب . ولفظها يشهد لهم .
فإنه قال : إذا ادعت المرأة أن زوجها لايصل إليها : استحلفت . انتهى .

فائدة : لو ادعت زوجة مجنون عنته : ضربت له مدة . عند ابن عقيل .

قلت : وهو الصواب .

وعند القاضى : لاتضرب . وأطلقهما فى الفروع .

وهل تبطل بحدوثه ، فلا يفسخ الولى ؟ فيه الوجهان . قاله فى الفروع .

قوله ﴿ الْقِسْمُ الثَّانِي : يَخْتَصّ النِّسَاءَ . وَهُوَ شَيْئَانِ . الرَّتَقُ . وَهُوَ

كَوْنُ الفَرْجِ مَسْدُودًا مُلْتَصِقًا ، لاَ مَسْلَكَ لِلذَّكَرِ فِيهِ . وكَذَلِكَ القَرَنُ وَالعَفَلُ وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسُدُّهُ ﴾ .

فجعل « الرتق » السد ، وجعل « القرن ، والعفل » لحماً يحدث فى الفرج . فهما فى معنى « الرتق » إلا أنهما نوع آخر .

وهو قول القاضى فى المجرد . وتبعه أبو الخطاب ، وابن عقيل ، وصاحب الخلاصة . وقدمه فى الرعايتين .

وجعل القاضى فى الخلاف الثلاثة : لحماً ينبت فى الفرج .

ويحتمله كلام المصنف هنا . وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال أبو حفص : « العفل » رغوة تمنع لذة الوطء . وهو بعض القول الذى حكاه المصنف .

قال فى الرعاية ـ بعد هذا القول ـ : فإذن لا فسخ له فى وجه .

وقال الزركشى : وإذن فى ثبوت الخيار به وجهان . وأطلقهما فى الفروع أيضاً .

قلت : الصواب ثبوته بذلك ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره .

وقيل : « القرن » عظم وهو من تتمة القول الذى ذكره المصنف .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب . وقدمه فى المستوعب .

قال صاحب المطلع ، والزركشى : هو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر .

وقالا « العفل » شىء يخرج من فرج المرأة ، وحيا الناقة ، شبيه بالأُدْرَة التى للرجال فى الخصية . وعلى كلا الأقوال : يثبت به الخيار على الصحيح .

وقال فى الرعاية الكبرى : فإذن لا فسخ له فى وجه . كما قال فى « العفل » .

قوله ﴿ والثَّانِي : الفَتْقُ . وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ . وقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ البَوْلِ وَالمَنِيِّ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وقال فى الخلاصة : هو انخراق ما بين القبل والدبر ، أو ما بين مخرج البول والمنى .

وجزم فى المحرر ، والوجيز ، والفروع : أن « الفتق » انخراق مابين السبيلين .

وقدم فى الكافى : أن « الفتق » انخراق مابين مخرج البول والمنى .

وثبوت الخيار فى « الفتق » من مفردات المذهب .

إذا علمت ذلك : فانخراق مابين السبيلين يثبت للزوج الخيار . بلا خلاف أعلمه .

قال فى الروضة : أو وجد اختلاطهما لعلة . لأن النفس تعافه أكثر .

وأما انخراق مابين البول والمنى : فالصحيح أيضاً من المذهب : أنه يثبت به للزوج الخيار .

قال فى الهداية ، والمستوعب : يثبت به الخيار عند أصحابنا .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمنور . وهو ظاهر ماقدمه فى الكافى .

وقيل : لايثبت به خيار . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وشرح ابن منجا ، والمصنف .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّالِثُ : مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا . وَهُوَ : الجُذَامُ ، وَالبَرَصُ ، وَالجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطبقًا ، أَوْ يَخْنُقُ فِى الأَحْيَانِ ﴾ .

وقال فى الواضح : جنون غالب .

وقال فى المغنى : أو إغماء ، لا إغماء مريض لم يدم .

قال الزركشى : فإن زال العقل بمرض فهو إغماء لا يثبت خياراً .

فإن دام بعد المرض فهو جنون .

قوله ﴿ وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَخَرَ ، وَاسْتِطْلَاقِ الْبَوْلِ ، وَالنَّجْوِ ، وَالْقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فِي الْفَرْجِ ، وَالنَّاسُورِ ، وَالْبَاسُورِ [١] ، وَالْخِصَى . وَهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، وَالسَّلِّ ، وَهُوَ سَلُّ الْبَيْضَتَيْنِ ، وَالْوَجْءِ وَهُوَ رَضُّهُمَا : وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ، وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ الْعَيْبُ بَعْدَ الْعَقْدِ . هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وتجريد العناية ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وأطلقهما فى الرعايتين ، فيما سوى الخصى والسل والوجء .

وأطلقهما فى البلغة فى الجميع ، إلا فيما إذا حدث به عيب بعد العقد .

وأطلق فى المستوعب ، وشرح ابن رزين : الخلاف فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله .

وأطلق فى المذهب الخلاف فى الخَصْي ، والسَّلِّ ، والوَجْءِ .

وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله .

أحدهما : يثبت الخيار فى ذلك كله . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح ، واختاره ابن القيم .

وصححه فى النظم فيما إذا حدث العيب بعد العقد .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى غير ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ، أو حدث العيب بعد العقد .

واختاره أبو البقاء فى الجميع . وزاد : وكل عيب يرد به المبيع .

قال الزركشى : وهو غريب .

---

(١) قال الأزهرى : الناسور ، والباسور : بالسين والصاد .

وقال أبو بكر ، وأبو حفص : يثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا نحوه .

قال أبو الخطاب : فيخرج على ذلك من به باسور ، وناسور ، وقروح سيالة فى الفرج .

قال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به .

وقال أيضاً أبو بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار بالبخَر .

وقال فى المستوعب : إذا وجد أحد الزوجين خنثى فله الخيار فى أظهر الوجهين .

واختار القاضى فى تعليقه الجديد ــ قاله الزركشى ، وصاحب المجرد . قاله الناظم والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والمصنف ، والشارح ــ ثبوت الخيار فيما إذا حدث العيب بعد العقد . وهو ظاهر كلام الخرقى فيه .

وقدم فى الرعايتين : ثبوت الخيار بالخصى والسل والوجء .

وصحح فى المذهب ثبوت الخيار فى البخر ، واستطلاق البول والنجو ، والبخر ، والناسور ، والباسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، والخنثى المشكل . وحدوث هذه العيوب بعد العقد .

والوجه الثانى : لايثبت الخيار بذلك كله . وهو مفهوم كلام الخرقى . لأنه ذكر العيوب التى يثبت بها الخيار فى فسخ النكاح . ولم يذكر شيئاً من هذه .

وقدم ابن رزين فى شرحه غير ماتقدم إطلاق الخلاف فيه .

وإليه ميل المصنف ، والشارح ، فى غير حدوث العيب بعد العقد .

وظاهر كلام أبى حفص : أنه لايثبت الخيار بالبخر مع كونه عيباً .

وذكر القاضى فى المجرد : لو حدث به عَيب بعد العقد لايملك به الفسخ . قاله الزركشى . وهو مناقض لما تقدم عنه فيه .

واختاره أيضاً فى التعليق القديم .

اختاره أبو بكر فى الخلاف ، وابن حامد ، وابن البنا . وصححه فى البلغة .

وقدمه فى النظم .

تنبيهات

أحدها : قوله ـ فى البخر ـ « وهو نتن الفم » هو الصحيح .

قال ابن منجا : هذا المذهب . واختاره أبو بكر . وقدمه فى المغنى ، والبلغة ، والشرح ، والرعايتين .

وقال ابن حامد : نتن فى الفرج يثور عند الوطء .

قال المصنف ، والشارح : إن أراد أنه يسمى بخراً و يثبت به الخيار ، و إلا فلا معنى له . لأن نتن الفم يمنع مقاربة صاحبه إلا على كره .

وقال فى الفروع : البخر يشملهما .

وقال فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم : فى كل منهما وجهان فى ثبوت الخيار به .

وجزم ابن عبدوس فى تذكرته بثبوت الخيار بهما .

وقال فى المستوعب ـ بعد أن ذكر الخلاف بين أبى بكر وابن حامد ـ : وعلى قول أبى بكر ، وابن حامد : يثبت الخيار .

وظاهر كلام الخرقى ، وأبى حفص : أنه عيب لايثبت به خيار .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ﴾ أنه سواء كان مشكلا ـ وقلنا يجوز نكاحه ـ أو غير مشكل . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقال : قاله جماعة .

وجزم به فى المستوعب ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقال فى الفروع : وخصه فى المغنى بالمشكل . وفى الرعاية عكسه .

قلت : ظاهر كلامه فى المغنى : يخالف ماقال . فإنه قال : وفى البخر ، وكون أحد الزوجين خنثى : وجهان . وأطلق الخنثى .

وقال فى الرعايتين : وبكون أحدهما خنثى غير مشكل أو مشكلا . وصح نكاحه فى وجه . انتهى .

فما نقله المصنف عنهما مخالف لما هو موجود فى كتابيهما . والله أعلم .

وقال فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير « وكون أحدهما خنثى غير مشكل » فخصوا « الخنثى » بكونه غير مشكل ، وخصه فى المذهب بكونه مشكلا .

الثالث : كثير من الأصحاب حكوا الخلاف فى ذلك كله وجهين .

وحكى ابن عقيل فى البخر روايتين .

وحكى فى الترغيب ، والبلغة — فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله — روايتين .

الرابع : ظاهر كلام المصنف : أن ماعدا ماذكره لا يثبت به خيار .

وكذا قال الشارح ، والزركشى .

وأطلق فى الفروع فى ثبوت الخيار بالاستحاضة ، والقَرَع فى الرأس — إذا كان له ريح منكرة — الوجهين .

وأطلقهما فى الاستحاضة فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يثبت بالاستحاضة الفسخ فى أظهر الوجهين .

قلت : الصواب ثبوت الخيار بذلك .

وألحق ابن رجب بالقرع روائح الإبط المنكرة التى تثور عند الجماع .

وأجرى فى الموجز الخلاف فى بول الكبير فى الفراش .

واختار ابن عقيل فى الفصول : ثبوت الخيار بنضو الخلق ، كالرتق .

واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيما إذا كان الذكر كبيراً والفرج صغيراً .

وعن أبى البقاء العكبرى : ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع ، كما تقدم قريباً .

وقال أبو البقاء أيضاً : لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة فى أحدهما يفسخ بها : لم يبعد .

وقال ابن القيم رحمه الله فى الهدى ـ فيمن به عيب ، كقطع يد أو رجل ، أو عمى ، أو خرس ، أو طرش ، وكل عيب يفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة ـ : يوجب الخيار ، وأنه أولى من البيع . وإنما ينصرف الإطلاق إلى السلامة . فهو كالمشروط عرفاً . انتهى .

قلت : وما هو ببعيد . وما فى معناه إن لم يكن دخل فى كلامه مَنْ عُرِف بالسرقة .

ونقل ابن منصور : إذا كان عقيما : أعجب إليّ أن يبين لها .

ونقل حنبل : إذا كان به جنون أو وسواس ، أو تغير فى عقل ، وكان يعبث ويؤذى : رأيت أن أفرق بينهما . ولا يقيم على هذا .

الخامس : مفهوم قوله « وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله » أنه إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به من غير جنسه : ثبت به الخيار . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال فى البلغة ، والفروع : والأصح ثبوته إن تغايرت . ولم يستثن شيئاً .

ويستثنى من ذلك : إذا وجد المجبوب المرأة رتقاء .

قال المصنف ، والشارح : فينبغى أن لا يثبت لهما الخيار .

وقيل : حكمه كالمماثل . وقدمه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ مَعِيبًا أَوْ وُجِدَ مِنْهُ دِلَالَةٌ عَلَى الرِّضَى : مِنْ وَطْءٍ ، أَوْ تَمْكِينٍ . مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ : فَلَا خِيَارَ لَهُ ﴾ .

بلا خلاف فى العلم بالعيب ، أو الرضى به . وأما التمكين : فيأتى .

فائدة : خيار العيوب على التراخى . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ، وابن عبدوس ، وغيرهم .

قال فى البلغة : هذا أظهر الوجهين .

قال الناظم : هذا أقوى الوجهين . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : هو على الفور .

وقاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وابن البنا فى الخصال .

قال ابن عقيل ، ومعناه : أن المطالبة بحق الفسخ تكون على الفور . فمتى أخر ما لم تجر العادة به : بطل ، لأن الفسخ على الفور .

فعلى المذهب : لايبطل الخيار إلا بمايدل على الرضى : من الوطء ، والتمكين مع العلم بالعيب ، أو يأتى بصريح الرضى .

قال الزركشى : وجزم به المصنف هنا وغيره .

قال المجد : لايسقط خيار العُنة إلا بالقول ، فلا يسقط بالتمكين من الاستمتاع ونحوه . وجزم به فى الوجيز ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لم نجد هذه التفرقة لغير المجد .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ الفَسْخُ إلاَّ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

فينفسخ بنفسه ، أو يرده إلى من له الخيار . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية ، وغيرها . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الموجز : يتولاه الحاكم .

وقال الشيخ تقى الدين : ليس هو الفاسخ ، وإنما يأذن ويحكم به . فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ ، فعقد أو فسخ : لم يحتج بعد ذلك إلى حكم

بصحته بلا نزاع . لكن لو عقد هو أو فسخ فهو كفعله ، فيه الخلاف . وإن عقد المستحق أو فسخ بلا حكم ، فأمر مختلف فيه ، فيحكم بصحته .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز الفسخ بلا حكم فى الرضى بعاجز عن الوطء ، كعاجز عن النفقة .

قال فى القاعدة الثالثة والستين : ورجح الشيخ تقى الدين أن جميع الفسوخ لاتتوقف على حكم حاكم .

فائدة : لو فسخ ـ مع غيبته ـ ففى الانتصار : الصحة وعدمها .

وقال فى الترغيب : لايُطَلِّق على عنين كولٍ فى أصح الروايتين .

قوله ﴿ فَإِنْ فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلاَ مَهْرَ ، وَإِنْ فَسَخَ بَعْدَهُ : فَلَهَا الْمَهْرُ المسَمَّى ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . ونصره المصنف ، والشارح . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والخلاصة ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : عنه مهر المثل . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وبنى القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : هاتين الروايتين على الروايتين فى النكاح الفاسد : هل الواجب فيه المسمى ، أو مهر المثل ؟ على مايأتى فى آخر الصداق .

وقيل : يجب مهر المثل فى فسخ النكاح بشرط أو عيب قديم . لا بما إذا حدث العيب بعد العقد .

قلت : وهو قوى . وقيد المجد الرواية بهذا .

وقيل : فى فسخ الزوج بعيب قديم ، أو بشرط : ينسب قدر نقص مهر المثل ، لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملا . فيسقط من المسمى بنسبته ، فسخ أو أمضى .

وقاسه القاضى ـ فى الخلاف ـ على المبيع المعيب .

وحكاه ابن شاقلا فى بعض تعاليقه عن أبى بكر .

واختاره ابن عقيل . ويحتمله كلام الشيرازى . ورجحه الشيخ تقى الدين .

قلت : وفيه قوة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : وكذلك إن ظهر الزوج معيباً . فللزوجة الرجوع عليه بنقص مهر المثل . وكذا فى فوات شرطها .

قال ابن رجب : وقد ذكر الأصحاب مثله فى الغبن فى البيع فى باب الشفعة .

فائدة : الخلوة هنا كالخلوة فى النكاح الذى لا خيار فيه .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنْ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع : ويرجع على الغار ، على الأصح .

قال المصنف فى المغنى : والصحيح أن المذهب رواية واحدة .

قال الشارح : هذا المذهب .

قال الزركشى : هذا المشهور ، والمختار من الروايتين .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لايرجع . اختاره أبو بكر فى الخلاف . وهو قول على رضى الله عنه .

وقد روى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه رجع عن هذه الرواية .

قال فى رواية ابن الحكم : كنت أذهب إلى قول على بن أبى طالب رضى الله عنه ، ثم هبته . فملت إلى قول عمر رضى الله عنه .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فائدة : قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ﴾ .

وكذلك الوكيل . وهذا المذهب .

فعلى هذا : أيهم انفرد بالتغرير ، ضمن .

فلو أنكر الولى عدم علمه بذلك ولا بينة : قبل قوله مع يمينه . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : فإن أنكر الغارُّ علمه به — ومثله يجهله وحلف — : برئ .

واستثنى من ذلك إذا كان العيب جنونا .

وقيل : القول قول الزوج إلا فى عيوب الفرج .

وقيل : إن كان الولى مما يخفى عليه أمرها ، كأباعد العصبات : فالقول قوله . وإلا فالقول قول الزوج .

اختاره القاضى ، وابن عقيل . إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها . فسوى بين الأولياء كلهم فى عيوب الفرج ، بخلاف غيرها . وأطلقهن الزركشى .

وقال فى الفروع : ويقبل قول الولى فى عدم علمه بالعيب . فإن كان ممن له رؤيتها : فوجهان .

وأما الوكيل — إذا أنكر العلم بذلك — : فينبغى أن يكون القول قوله مع يمينه . بلا خلاف .

وأما المرأة : فإنها تضمن إذا غرته . لكن يشترط لتضمينها : أن تكون عاقلة . قاله ابن عقيل . وشرط مع ذلك أبو عبد الله ابن تيمية بلوغها .

فعلى هذا : حكمها — إذا ادعت عدم العلم بعيب نفسها ، واحتمل ذلك — حكم الولى على ماتقدم . قاله الزركشى .

فائدتان

إحداهما : لو وجد التغرير من المرأة والولى . فالضمان على الولى ، على قول القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنه المباشر .

وقال المصنف ـ فيما إذا كان الغرر من المرأة والوكيل ـ: الضمان بينهما نصفان .
فيكون في كل من الولي والوكيل قولان .

وتقدم نظيرها في الغرر بالأمة على أنها حرة .

الثانية : مثلها في الرجوع على الغار : لو زوج امرأة فأدخلوا عليه غيرها .
ويلحقه الولد ، ويجهز زوجته بالمهر الأول . نص على ذلك .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِوَلِيٍّ صَغِيرَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، أَوْ سَيِّدِ أَمَةٍ تَزْوِيجُهَا مَعِيبًا ، وَلَا لِوَلِيِّ كَبِيرَةٍ تَزْوِيجُهَا بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا ﴾ .

بلا نزاع . من حيث الجملة ، لكن لو خالف وفعل فثلاثة أوجه .

أحدها : الصحة مع جهله به . وهو المذهب .

وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين .

وهو ظاهر الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والثاني : لا يصح مطلقاً . وهو احتمال في المغني ، والشرح . وصححه في النظم .

والثالث : يصح مطلقاً .

فعلى المذهب : هل له الفسخ إذن ، أو ينتظرها ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الفروع .

أحدهما : له الفسخ إذا علم . قدمه في المغني ، والشرح .

والوجه الثاني : ينتظرها .

وذكر في الرعاية : الخلاف إن أجبرها بغير كفء . وصححه في الإيضاح ، مع جهله ، وتخيَّر .

وذكر في الترغيب ـ في تزويج مجنون أو مجنونة بمثله ، وملك الولي الفسخ ـ وجهين .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ نِكَاحَ مَجْبُوبٍ ، أَوْ عِنِّينٍ : لَمْ يَمْلِكْ مَنْعَهَا ﴾ .

هذا المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : له منعها . قال المصنف : هذا أولى .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَتْ نِكَاحَ مَجْنُونٍ ، أَوْ مَجْذُومٍ ، أَوْ أَبْرَصَ : فَلَهُ مَنْعُهَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع : فله منعها فى الأصح .

قال فى المغنى ، والشرح : هذا أولى الوجهين .

وقدمه ابن رزين فى شرحه ، وقال : هذا أظهر . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يملك منعها .

فائدتان

إحداهما : الذى يملك منعها : وليها العاقد للنكاح . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : لبقية الأولياء المنع . كما قلنا فى الكفاءة .

قلت : وهو أولى . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَتْ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ : لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَهَا عَلَى الْفَسْخِ ﴾ .

بلا نزاع . لأن حق الولى فى ابتدائه ، لا فى دوامه . قاله الأصحاب .

باب نكاح الكفار

قوله ﴿ وَحُكْمُهُ حُكْمُ نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، فِيمَا يَجِبُ بِهِ ، وَتَحْرِيمِ الْمُحَرَّمَاتِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم .

وقال فى الترغيب : حكمه حكم نكاح المسلمين فى ظاهر المذهب .

قوله ﴿ وَيُقَرُّونَ عَلَى الأَنْكِحَةِ الْمُحَرَّمَةِ ، مَا اعْتَقَدُوا حِلَّهَا ، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَيْنَا ﴾ .

هذا المذهب بهذين الشرطين . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : فى مجوسى تزوج كتابية ، أو اشترى نصرانية : يحول الإمام بينهما .

فيخرج من هذا : أنهم لايقرون على نكاح محرم .

وهو لأبى الخطاب فى الهداية ، قال فى المحرر ، وغيره : لا يقرون على مالا مساغ له فى الإسلام . كنكاح ذات المحارم ، ونكاح المجوسى الكتابية ونحوه .

وتقدم فى باب المحرمات فى النكاح « هل يجوز للمجوسى نكاح الكتابية ؟ » .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والصواب : أن أنكحتهم المحرمة فى دين الإسلام حرام مطلقاً . فإذا لم يسلموا عوقبوا عليها . وإن أسلموا عفى لهم عنها لعدم اعتقادهم تحريمها .

وأما الصحة ، والفساد ، فالصواب : أنها صحيحة من وجه ، فاسدة من وجه . فإن أريد بالصحة : إباحة التصرف . فإنما يباح لهم بشرط الإسلام . وإن أريد نفوذه ، وترتب أحكام الزوجية عليه ـ من حصول الحل به للمطلق ثلاثاً . ووقوع الطلاق فيه ، وثبوت الإحصان به ـ فصحيح .

وهذا مما يقوى طريقة من فرق بين أن يكون التحريم لعين المرأة، أو لوصف لأن ترتب هذه الأحكام على نكاح المحارم بعيد جداً.

وقد أطلق أبو بكر، وابن أبى موسى وغيرهما: صحة أنكحتهم، مع تصريحهم بأنه لا يحصل الإحصان بنكاح ذوات المحارم.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى أيضاً: رأيت لأصحابنا فى أنكحتهم أربعة أقوال:

أحدها: هى صحيحة. وقد يقال: هى فى حكم الصحة.

والثانى: ما أقروا عليه فهو صحيح، ومالم يقروا عليه فهو فاسد. وهو قول القاضى فى الجامع، وابن عقيل، وأبى محمد.

والثالث: ما أمكن إقرارهم عليه فهو صحيح، ومالا فلا.

والرابع: أن كل مافسد من مناكح المسلمين: فسد من نكاحهم. وهو قول القاضى فى المجرد. انتهى.

قوله ﴿وَإِنْ كَانَ فِى أَثْنَائِهِ - يعنى: إذا أسلموا وترافعوا إلينا فى أثناء العقد - لَمْ نَتَعَرَّضْ لِكَيْفِيَّةِ عَقْدِهِمْ، بَلْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءُ نِكَاحِهَا، كَذَاتِ مَحْرَمِهِ، وَمَنْ هِىَ فِى عِدَّتِهَا، أَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِى نِكَاحِهَا مَتَى شَاءَ، أَوْ مُدَّةً هُمَا فِيهَا، أَوْ مُطَلَّقَتِهِ ثَلَاثاً: فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَإِلَّا أُقِرَّا عَلَى النِّكَاحِ﴾.

إذا أسلموا أو ترافعوا إلينا فى أثناء العقد، والمرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها: فرق بينهما مطلقاً. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يفسخ إلا مع مفسد، مؤبد أو مجمع عليه.

فلو تزوجها، وهى فى عدتها. وأسلما أو ترافعا إلينا. فإن كان تزوجها فى عدة مسلم: فرق بينهما. بلا نزاع.

وإن كان فى عدة كافر . فجزم المصنف هنا : أنه يفرق بينهما . وهو المذهب . نص عليه . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وعنه : لايفرق بينهما . نص عليه . صححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى المذهب ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

تنبيه : شمل كلامه : ولو كانت حبلى من زنا قبل العقد . وهو أحد الوجهين أو الروايتين .

أحدهما : يفرق بينهما . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

جزم به فى المنور . وهو الصواب .

والثانى : لايفرق بينهما . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وأما إذا شرط الخيار فى نكاحها متى شاء ، أو مدة هما فيها . فجزم المصنف بأن يفرق بينهما . وهو المذهب .

جزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . وجزم به فى المذهب فى الأولى .

وقيل : لايفرق بينهما . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وأما إذا استدام مطلقته ثلاثة ، وهو معتقد حله : فجزم المصنف أنه يفرق بينهما . وهو المذهب .

قال فى الفروع : لم يقر على الأصح .

وجزم به فى الخلاصة ، والمنور ، والوجيز وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : لا يفرق بينهما . واختاره فى المحرر فيما إذا أسلما .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ قَهَرَ حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً فَوَطِئَهَا ، أَوْ طَاوَعَتْهُ وَاعْتَقَدَاهُ نِكَاحًا : أُقِرَّا ، وَإِلَّا فَلَا ﴾ .

أنه لو فعل ذلك أهل الذمة : أنهم لا يقرون عليه . وهو ظاهر كلام غيره . وصرح به فى الترغيب . وجزم به البلغة .

ظاهر كلام المصنف فى المغنى ، والشارح : أنهم كأهل الحرب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ مُسَمًّى صَحِيحًا ، أَوْ فَاسِدًا قَبَضَتْهُ : اسْتَقَرَّ ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن لو أسلما ، فانقلبت خمر خلا ، وطلق : فهل يرجع بنصفه أم لا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رجوعه بنصفه .

ولو تلف الخل ، ثم طلق . ففى رجوعه بنصف مثله : احتمالان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رجوعه بنصف مثله . لأنه مثلى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا لَمْ تَقْبِضْهُ : فُرِضَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لاشىء لها فى خمر وخنزير معين . وهو رواية مخرجة . خرجها القاضى .

فائدة : لو كانت قبضت بعض المسمى الفاسد : وجب لها حصة ما بقى من مهر المثل . ويعتبر قدر الحصة فيما يدخله الكيل والوزن ، وفيما يدخله العدُّ بعَدِّه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : بقيمته عند أهله . وأطلقهما فى الفروع .

قال المصنف ، الشارح : لو أصدقها عشر زقاق خمر متساوية ، فقبضت نصفها وجب لها نصف مهر المثل .

وإن كانت مختلفة ، اعتبر ذلك بالكيل فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم على عددها .

وإن أصدقها عشر خنازير : ففيه الوجهان .

أحدهما : يقسم على عددها .

والثاني : يعتبر قيمتها .

وإن أصدقها كلباً وخنزيرين ، وثلاث زقاق خمر . فثلاثة أوجه .

أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم .

والثاني : يقسم على عدد الأجناس . فيجعل لكل جزء ثلث المهر .

والثالث : يقسم على المعدود كله . فيجعل لكل واحد سدس المهر .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ﴾ أن يتلفظا بالإسلام دفعة واحدة . وهو صحيح . وهو المذهب من حيث الجملة وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يدخل فى المعية : لو شرع الثانى قبل أن يفرغ الأول .

وقيل : هما على نكاحهما إن أسلما فى المجلس . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : وهو الصواب . لأن تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة فيه عسر . واختاره الناظم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَتِ الْكِتَابِيَّةُ ، أَوْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ غَيْرُ الْكِتَابِيَّيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فإنْ كَانَتْ هِيَ المُسْلِمَةُ : فَلَا مَهْرَ لَهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

قال الزركشى : قطع بهذا جمهور الأصحاب . ونص عليه .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لها نصف المهر . اختاره أبو بكر .

قلت : وهو أولى . وأطلقهما فى تجريد العناية .

قال الزركشى : وحكى أبو محمد رواية : بأن لها نصف المهر . وأنها اختيار أبى بكر ، نظراً إلى أن الفرقة جاءت من قبل الزوج بتأخره عن الإسلام .

والمنقول فى رواية الأثرم التوقف . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾

هذا المذهب ، وعليه جمهور الأصحاب أيضاً .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال فى الهداية : وهى اختيار عامة أصحابنا .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايتين . والمختار للأصحاب : الخرقى ، وأبى بكر ، والقاضى ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وهذا من غير الأكثر الذى ذكرناه عن الفروع فى الخطبة .

وعنه : لا شىء لها . جزم به فى المنور ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . والفروع .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وتجريد العناية .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى كتاب الصداق فيما ينصف المهر .

فعلى الأول : إن أسلما ـ وقالت : سبقتنى ، وقال : أنت سبقتينى ـ فالقول قولها . ولها نصف المهر . قاله الأصحاب .

وإن قالا : سبق أحدنا ، ولا نعلم عينه : فلها أيضاً نصف المهر ، على الصحيح من المذهب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وصححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى : إن لم تكن قبضته . لم تطالبه بشىء . وإن كانت قبضته . لم يرجع عليها بما فوق النصف .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَسْلَمْنَا مَعًا ، فَنَحْنُ عَلَى النِّكَاحِ . وَأَنْكَرَتْهُ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والقواعد الفقهية .

وظاهر المغنى ، والشرح : إطلاق الخلاف .

أحدهما : القول قولها . وهو المذهب . لأن الظاهر معها . اختاره القاضى .

قال فى الخلاصة : فالقول قولها على الأصح . وقدمه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

قلت : وهو الصواب .

والثانى : القول قوله . لأن الأصل بقاء النكاح . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . جزم به فى الوجيز .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قبْلَ الدُّخُولِ : وَقَفَ الأَمْرُ عَلَى انْقِضَاء العِدَّةِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايات .

قال أبو بكر : رواه عنه نحو من خمسين رجلا . والمختار لعامة الأصحاب : الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه ، والشيخان وغير واحد .

قال فى الرعاية الكبرى : هذا أظهر وأولى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاوى ، وغيرهم .

وعنه : أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما ، كما قبل الدخول . اختاره الخلال ، وصاحبه أبو بكر . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وعنه : رواية ثالثة : الوقف بإسلام الكتابية ، والانفساخ بغيرها .

قال الزركشى : وعنه رواية رابعة بالوقف ، وقال : أحب إلىَّ الوقف عندها .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ فيما إذا أسلمت قبله ــ بقاء نكاحه قبل الدخول و بعده ، ما لم تنكح غيره . والأمر إليها . ولا حكم له عليها . ولا حق لها عليه . وكذا لو أسلم قبلها . وليس له حبسها . وأنها متى أسلمت ــ ولو قبل الدخول و بعد العدة ــ فهى امرأته إن اختار . انتهى .

قوله ــ مفرعاً على المذهب ــ ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ الثَّانِى قَبْلَ انْقِضَائِهَا : فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، وَإِلاَّ تبيَّنَّا أَنَّ الفُرْقَة وَقَعتْ حِينَ أَسْلَمَ الأَوَّلُ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

تنبيه : مفهوم قوله « وقف الأمر على انقضاء العدة » أنه ليس له عليها سبيل بعد انقضائها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال الزركشى ، وقيل : عنه مايدل على رواية . وهى الأخذ بظاهر حديث زينب بنت النبى صلى الله عليه وسلم ، وأنها ترد له ، ولو بعد العدة .

قوله ﴿ فَعَلَى هَذا ﴾ يعنى : على القول بأن الأمر يقف على انقضاء العدة .

﴿ لَوْ وَطِئَهَا فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ يُسْلِمِ الثَّانِي : فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ وَإِنْ أَسْلَمَ فَلاَ شَيْءَ لَهَا ﴾ .

بلا نزاع على هذا البناء .

وقوله ﴿ وَإِذَا أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ ، فَلها نَفَقَةُ العِدَّةِ . وَإِنْ كَانَ هُوَ المسْلِمُ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والعمدة ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لها النفقة إن أسلمت بعده فى العدة .

وأطلقهما فى الرعاية الصغرى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أسلمت بعده فى العدة ، وهى غير كتابية : فهل لها النفقة فيما بين إسلامهما ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي السَّابِقِ مِنْهُمَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والوجه الثانى : القول قوله . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

فوائد

إحداها : لو اتفقا على أنها أسلمت بعده ــ وقالت : أسلمت فى العدة . وقال : بل بعدها ــ كان القول قولها .

الثانية : لو لاعن ثم أسلم : صح لعانه . وإلا فسد . فنى الحد إذن وجهان فى الترغيب . واقتصر عليه فى الفروع ، وقال : هما فيمن ظن صحة نكاحه فلاعن ، ثم بان فساده .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ : انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَلاَ مَهْرَ لَهَا إِنْ كَانَتِ هِى الْمُرْتَدَّةُ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدُّ : فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ﴾ بلا نزاع .

لكن لو ارتدا معاً ، فهل يتنصف المهر ، أو يسقط ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وظاهر كلامه فى المنور : أنه يسقط .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن كفرا ــ أو أحدهما ــ قبل الدخول : بطل العقد . وإن سبقها وحده ، أو كفر وحده : فلها نصف المهر ، وإلا يسقط .

وقيل : إن كفرا معاً وجب .

وقيل : فيه وجهان .

فقدم السقوط . وكذا قدم فى الرعاية الصغرى .

وجزم به فى الوجيز . وصححه فى تصحيح المحرر .

قال الزركشي فى شرح الوجيز : والأظهر التنصيف .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتِ الرِّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ : فَهَلْ تتعجّلُ الْفُرْقَةُ ، أَوْ تقِفُ عَلَى انقضَاء العدَّةِ ؟ عَلَى رِوَايتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والهادى ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والحاوى الصغير ، والبلغة ، وتجريد العناية .

إحداهما : تقف على انقضاء العدة . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى . واختاره الخرقى .

وقال الزركشي فى شرح الوجيز : وهو المذهب . ونصره المصنف .

قال ابن منجا : هذا المذهب ، ومال إليه الشارح . وهو الصحيح .

والثانى : تتعجل الفرقة . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والزبدة ، وإدراك الغاية .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله هنا مثل اختياره فيما إذا أسلم أحدهما بعد الدخول . كما تقدم قريباً .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ : فَلَهَا نَفَقَةُ العِدَّةِ ﴾ .

هذا مبنى على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة . قاله فى المحرر ، وغيره .

فائدة : لو وطئها ، أو طلقها ـ وقلنا : لا تتعجل الفرقة ـ ففى وجوب المهر ووقوع الطلاق خلاف . ذكره فى الانتصار .

قلت : جزم المصنف والشارح بوجوب المهر ، إذا لم يسلما حتى انقضت العدة .

قوله ﴿ وَإِنِ انْتَقَلَ أَحَدُ الْكِتَابِيَّيْنِ إِلَى دِينٍ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ : فَهُوَ كَرِدَّتِهِ ﴾ .

إن انتقل الزوجان . أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه ، أو تمجس كتابى تحته كتابية : فكالردة . بلا نزاع .

وإن تمجست المرأة تحت كتابى ، فظاهر كلام المصنف : أنه كالردة أيضاً . وهو أحد الوجهين . جزم به فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمنور .

وهو الصواب . لأنها لا تقر عليه ، وإن كانت تباح للكتابى . على الصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : النكاح بحاله .

جزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قلت : قد تقدم فى باب المحرمات فى النكاح : أن الكتابى يجوز له نكاح المجوسية . على الصحيح من المذهب . وهذا فى معناه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ كَافِرٌ ، وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ : اخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعاً . وَفَارَقَ سَائِرَهُنَّ ﴾ .

إن كان مكلفا اختار . وإن كان صغيراً : لم يصح اختياره . والصحيح من المذهب : لا يختار له الولى . ويقف الأمر حتى يبلغ . قاله الأصحاب . لأنه راجع إلى الشهوة والإرادة .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أن وليه يقوم مقامه فى التعيين ، وضعّف الوقف .

وخرج بعض الأصحاب صحة اختيار الأب منهن وفسخه ، على صحة طلاقه عليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : فإن قلنا : يصح طلاق والده عليه . صح اختياره له ، وإلا فلا .

فعلى المذهب : يوقف الأمر حتى يبلغ فيختار . على الصحيح . قاله القاضى فى الجامع . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وقال القاضى فى المجرد : يوقف الأمر حتى يبلغ عشر سنين ، فيختار .

وأطلقهما فى المستوعب ، والرعاية الكبرى .

وقال ، قلت : إن صح إسلامه بنفسه ، صح اختياره وإلا فلا .

وقال ابن عقيل : يوقف الأمر حتى يراهق ، ويبلغ أربع عشر سنة . فيختار .

فائدة : لو أسلم على أكثر من أربع ، أو على أختين ، فاختار أربعاً ، أو إحدى الأختين ، فقال المصنف ، والشارح : يعتزل المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة .

فلو كن خمساً ففارق إحداهن ، فله وطء ثلاثاً من المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة . وعلى ذلك فقس ، وكذلك الأخت .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فى شرح المحرر : وفى هذا نظر . فإن ظاهر السنة يخالف ذلك .

قال : وقد تأملت كلام عامة أصحابنا ، فوجدتهم قد ذكروا : أنه يمسك أربعاً . ولم يشترطوا فى جواز وطئه انقضاء العدة . لا فى جمع العدد ، ولا فى جمع الرحم .

ولو كان لهذا أصل عندهم : لم يغفلوه . فإنهم دائما ينبهون فى مثل هذا على اعتزال الزوجة . كما ذكره الإمام أحمد رحمه الله ، فيما إذا وطىء أخت امرأته بنكاح فاسد ، أو زنا بها ، وقال : هذا هو الصواب . فإن هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها . فكذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح . وهذا بعد الإسلام لم يجمع عقداً ولا وطئاً . انتهى .

وتقدم فى المحرمات فى النكاح « إذا زنا بامرأة ، وله أربع نسوة . هل يعتزل الأربع حتى يستبرىء الرابعة ، أو واحدة ؟ » .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره : جواز الاختيار فى حال إحرامه . وهو صحيح . وهو المذهب .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه ابن رزين فى شرحه ، لأنه استدامة .

وقال القاضى : لايختار ، والحالة هذه . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

إحداها : موت الزوجات لايمنع اختيارهن . فلو أسلم وتحته ثمان نسوة ، أسلم معه أربع منهن ثم متن ، ثم أسلم البواقى فى العدة : فله أن يختار الأحياء . ويتبين أن الفرقة وقعت بينه وبين الموتى باختلاف الدين . فلا يرثهن .

وله أن يختار الموتى فيرثهن . ويتبين أن الأحياء بِنَّ لاختلاف الدين ، وعدتهن من ذلك الوقت .

ذكره القاضى فى الجامع . لأن الاختيار ليس بإنشاء عقد فى الحال . وإنما تبين به من كانت زوجته . والتبين يصح فى الموتى ، كما يصح فى الأحياء .

وقاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثانية : لو أسلم وتحته أكثر من أربع ، أو من لا يجوز جمعه فى الإسلام . فاختار ، وانفسخ نكاح العدد الزائد قبل الدخول : فلا مهر لهن .

ذكره القاضى فى الجامع ، والخلاف . وجزم به صاحب المغنى ، والمحرر .

قال فى القواعد : ويتخرج وجه بوجوب نصف المهر .

الثالثة : صفة الاختيار : أن يقول « اخترت نكاح هؤلاء » أو « أمسكتهن » أو « اخترت حبسهن » أو « إمساكهن » أو « نكاحهن » ونحوه . أو يقول « تركت هؤلاء » أو « فسخت نكاحهن » أو « اخترت مفارقتهن » ونحوه . فيثبت نكاح الأُخر . وإن لم يختر : أجبر عليه بحبس وتعزير .

وعدة ذوات الفسخ : منذ اختار . على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والنظم ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المشهور .

وقيل : منذ أسلم . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى : إذا اختار أربعاً قد أسلمن : أن عدة البواقى ، إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن ، على الصحيح .

قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، أَوْ وَطِئَهَا : كَانَ اخْتِيَارًا لَهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وجزم به الزركشى فى الطلاق . وقدمه فى الوطء .

وقال المصنف ، والشارح : وإن وطىء كان اختياراً ، فى قياس المذهب . وقدمه فيهما فى الفروع .

وقيل : ليس اختياراً فيهما .

وفى الواضح وجه : أن الوطء هنا كالوطء فى الرجعة .

وذكر القاضى فى التعليق ، فى باب الرجعة : أن الوطء لا يكون اختياراً .

قال فى القاعدة التاسعة بعد المائة : لو أسلم الكافر ، وعنده أكثر من أربع نسوة ، فأسلمن ، أو كن كتابيات ـ فالأظهر : أن له وطء أربع منهن . ويكون اختياراً منه . لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع .

وكلام القاضى قد يدل على هذا .

وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى الطلاق : أنه سواء كان بلفظ الطلاق ، أو السراح ، أو الفراق . وهو صحيح . لكن يشترط أن ينوى بلفظ « السراح » أو

« الفراق » الطلاق . وهذا المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقال القاضى : فى « الفراق » عند الإطلاق وجهان .

أحدهما : أنه يكون اختياراً المفارقات . لأن لفظ « الفراق » صريح فى الطلاق .

قال المصنف ، والشارح : والأول أولى .

وقال فى الكافى ، والبلغة ، والرعاية الكبرى : وفى لفظ «الفراق» و«السراح» وجهان ، يعنون : هل يكون فسخاً للنكاح ، أو اختياراً له ؟

واختار فى الترغيب : أن لفظ «الفراق» هنا : ليس طلاقا ولا اختياراً ، للخبر .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلاثاً : أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ . فَأَخْرَجَ بِالْقُرْعَةِ أَرْبَعاً مِنْهُنَّ . وَلَهُ نِكَاحُ الْبَوَاقِى ﴾ .

يعنى بعد انقضاء عدتهن . صرح به الأصحاب .

وهذا المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا قرعة . ويحرمن عليه . ولا يبحْن إلا بعد زوج وإصابة .

قال القاضى ــ فى خلافه ــ فى كتاب البيع : يطلق الجميع ثلاثا .

قال فى القواعد : وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ ، وليس باختيار .

ولكن يلزم منه أن يكون للرجل فى الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح ، من الطلاق وغيره . وهو بعيد .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أن الطلاق هنا فسخ . ولا يحتسب به من الطلاق الثلاث . وليس باختيار .

فائدة : لو وطىء الكل : تعين له الأول[1] .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَاهَرَ ، أَوْ آلَى مِنْ إِحْدَاهُنَّ . فَهَلْ يَكُونُ اخْتِيَارًا لَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يكون اختياراً . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

قال فى البلغة : لم يكن اختياراً على الأصح .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، ونهاية ابن رزين .

وهو ظاهر ماجزم به الأزجى فى منتخبه . وقدمه فى الكافى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو الذى ذكره القاضى فى الجامع ، والمجرد وابن عقيل .

والوجه الثانى : يكون اختياراً . وهو احتمال فى الكافى .

قال فى المنور : لو ظاهر منها فمختارة .

وقال فى إدراك الغاية ، وتجريد العناية : وطلاقه ووطؤه اختيار . لاظهاره و إيلاؤه فى وجه .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ ، فَعَلَى الْجَمِيعِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . اختاره القاضى فى الجامع . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

(١) كذا فى الأصول . ولعلها : تعينت الأولى .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، و إدراك الغاية ، وغيرهم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

و يحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين : من ذلك ، أو ثلاثة قروء . إن كن ممن يحضن ، أو إن كانت حاملاً فبوضعه . والآيسة والصغيرة عدة الوفاة . وهو المذهب .

قال الشارح : هذا الصحيح والأولى . والقول الأول لا يصح .

وجزم به فى الفصول ، والكافى ، والمغنى . وقدمه فى تجريد العناية .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى البلغة ، والفروع .

وقيل : يلزمهن الأطول من عدة الوفاة ، أو عدة الطلاق . وقطع به القاضى فى المجرد .

قال فى الرعايتين : لزمهن عدة الوفاة

وقيل : يلزم المدخول بها الأطول من عدة الوفاة أو عدة طلاق من حين الإسلام .

وقيل : هذا إن كن ذوات أقراء ، و إلا فعدة وفاة . كمن لم يدخل بها . انتهى

فوائد

إحداها : لو أسلم معه البعض دون البعض ، ولسن بكتابيات : لم يخير فى غير مسلمة . وله إمساك من شاء عاجلا ، وتأخيره حتى يسلم من بقى ، أو تفرغ عدتهن . هذا المذهب .

قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : متى نقص الكوافر عن أربع : لزمه تعجيله بقدر النقص .

وإذا عجل اختيار أربع قد أسلمن ، فعدة البواقى إن لم يسلمن : من وقت إسلامه . وكذا إن أسلمن على الصحيح .

قدمه فى الرعايتين ، والزبدة . وصححه فى تصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهما

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : تعتد من وقت اختياره .

قال فى الرعايتين : وهو أولى .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وإذا انقضت عدة البواقى ، ولم يسلم إلا أربع أو أقل : فقد لزم نكاحهن .

ولو اختار أولا فسخ نكاح مسلمة : صح إن تقدمه إسلام أربع سواها . وإلا لم يصح بحال . وهذا الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : يوقف . فإن نكل بعد إسلام أربع سواها ثبت الفسخ فيها وإلا بطل .

الثانية : لو أسلمت المرأة ، ولها زوجان أو أكثر ، تزوجاها فى عقد واحد : لم يكن لها أن تختار أحدهما . ذكره القاضى محل وفاق .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالأُمِّ : فَسدَ نِكَاحُهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . لكن المهر يكون للأم .

قاله فى الترغيب وغيره . وجزم به فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ ـ وَكَانَ فِي حَالِ اجْتِمَاعِهِمْ عَلَى الإِسْلاَمِ ـ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ الإِمَاءُ : فَلَهُ الاخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ، وَإِلاَّ فَسَدَ نِكَاحُهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الفروع ، وغيره .

وقال أبو بكر: إن كان قد دخل بهن ثم أسلم، ثم أسلمن فى عدتهن: لايجوز له الاختيار هنا، بل يَبِنَّ بمجرد إسلامه. ورده المصنف وغيره.

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَلَم يُسْلِمْنَ حَتَّى أَعْسَرَ: فَلَهُ الاخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ﴾.

قطع به الأصحاب.

وقال فى الفروع: اختار إن جاز له نكاحهن وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن، وإلا فسد.

وإن تنجزت الفرقة: اعتبر عدم الطول، وخوف العنت وقت إسلامه. قاله فى الترغيب.

تنبيه: مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ عَتَقَتْ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ: لَمْ يَكُنْ لَهُ الاخْتِيَارُ مِنَ الْبَوَاقِي ﴾.

أنها لو عتقت ثم أسلمت بعد إسلامهن: كان له الاختيار. وهو أحد الوجهين.

والوجه الثاني: ليس له الاختيار، بل تتعين الأولى إن كانت تُعِفُّه. وهو المذهب. قدمه فى الفروع. وجزم به فى المحرر، والرعايتين، والحاوى، وغيرهم.

تنبيه: قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ. فَأَسْلَمَتِ الْحُرَّةُ فِى عِدَّتِهَا قَبْلَهُنَّ، أَوْ بَعْدَهُنَّ: انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ ﴾.

وتعينت الحرة إن كانت تعفه.

هذا مقيد بما إذا لم تعتق الإماء، ثم يسلمن فى العدة. فأما إن عتقن، ثم أسلمن فى العدة: فإن حكمهن كالحرائر.

فائدة: قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ. ثُمَّ عَتَقَ: فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ ﴾.

هذا صحيح . لكن لو أسلم وتحته أربع إماء ، فأسلمت ثنتان . ثم عتقن ، فأسلمت الثنتان الباقيتان : كان له أن يختار من الجميع أيضاً . على أحد الوجهين . وجزم به فى الرعاية .

والوجه الثانى : يتعين الأولتان . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ : فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحُرِّ لاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ إلاَّ بِوُجُودِ الشَّرْطَيْنِ فِيهِ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه .

فائدة : لو كان تحته أحرار ، فأسلم وأسلمن معه : لم يكن للحرة خيار الفسخ . على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف وغيره .

قال القاضى ، وابن عقيل : هذا قياس المذهب .

وقال القاضى فى الجامع : هو كالعيب الحادث .

كتاب الصداق

فائدة : للمسمى فى العقد ثمانية أسماء « الصداق ، والصَّدُقة » بضم الدال المهملة . ومنه (٤ : ٤ وآتوا النساء صَدُقاتهن نِحْلة) و « الطَّوْل » ومنه قوله تعالى (٤ : ٢٥ ومن لم يستطع منكم طَوْلاً) أى مهر حُرة . و « النحلة ، والأجر ، والفريضة ، والمهر ، والنكاح » ومنه (٢٤ : ٣٣ ولْيَسْتَعْفِفِ الذين لا يجدون نكاحاً) و « العلائق » و « العقر » بضم العين وسكون القاف و « الحباء » ممدوداً مع كسر الحاء المهملة .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لا يَعْرَى النِّكَاحُ عَنْ تَسْمِيَتِهِ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن تسمية الصداق فى العقد مستحبة . وعليه جماهير الأصحاب رحمهم الله .

وقال فى التبصرة : يكره ترك التسمية فيه . و يأتى ذكر الخلاف .

تنبيه : قوله « و يستحب أن لا يعرى النكاح عن تسميته » .

هذا مبنى على أصل . وهو أن الصداق : هل هو حق لله ، أو للآدمى ؟ .

قال القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب ، وغيره من أصحابه ، فى كتب الخلاف : هو حق للآدمى . لأنه يملك إسقاطه بعد ثبوته والعفو عنه .

وتردد ابن عقيل ، فقال مرة كذلك ، وقال أخرى : هو حق لله . لأن النكاح لا يعرى عنه ثبوتاً ولزوماً . فهو كالشهادة . وقاله أبو يعلى الصغير .

قال الزركشى : وهو قياس المنصوص فى وجوب المهر ، فيما إذا زوج عبده من أمته .

فإن قيل بالأول ــ وهو كونه حقاً للآدمى ــ فالحل مستفاد من العقد بمجرده ويستحب ذكره فيه ، وصرح به الأصحاب .

وهل هو عوض حقيقى ، أم لا ؟ .

للأصحاب فيه تردد . ومنهم من ذكر احتمالين .

و ينبنى على ذلك لو أخذه بالشفعة وغير ذلك .

و إن قيل : هو حق لله . فالحل مرتب عليه مع العقد .

وتقدم فى أول كتاب النكاح « هل المعقود عليه المنفعة أو الحل ؟ » .

قوله ﴿ وَأَنْ لا يَزِيدَ عَلَى صَدَاقِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَبَنَاتِهِ . وَهُوَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، وغيره .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : يسن أن لا يعبر خمسمائة درهم .

وقال فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، والفروع ،وغيرهم : من أربعمائة إلى خمسمائة.

وقال القاضى فى الجامع : قول الإمام أحمد رحمه الله « أربعمائة » يعنى : من الدراهم التى وزن الدرهم منها مثقال . فتكون الأربعمائة خمسمائة ، أو قريباً منها بضرب الإسلام .

وقدم فى الترغيب : أن السنة أن لا يزيد على مهر بناته صلى الله عليه وسلم ، وهو أربعمائة .

قال فى البلغة : السنة أن لا يزيد على مهر بنات النبى صلى الله عليه وسلم . وهو أربعمائة درهم .

وقيل : على مهر نسائه . وهو خمسمائة درهم .

وقال فى الرعاية الكبرى : يستحب جعله خفيفاً أربعمائة ، كصداق بنات النبي صلى الله عليه وسلم ، و إلى خمسمائة ، كصداق زوجاته .

وقيل : بناته . انتهى .

قال فى المستوعب : وروى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه قال « الذى نحبه أربعمائة درهم ، على فعل النبى صلى الله عليه وسلم فى بناته » .

قال القاضى : وهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصدق بناته غير ما أصدقه زوجاته . لأن حديث عائشة « أنه أصدق نساءه اثنتى عشرة أوقية ونَشًّا » والنش : نصف أوقية . وهو عشرون درهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كلام الإمام أحمد رحمه الله – فى رواية حنبل – يقتضى أنه يستحب أن يكون الصداق أربعمائة درهم . وهو الصواب ، مع القدرة واليسار . فيستحب بلوغه ، ولا يزاد عليه .

قال : وكلام القاضى وغيره : يقتضى أنه لا يستحب . بل يكون بلوغه مباحاً . انتهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَتَقَدَّرُ أَقَلُّهُ وَلاَ أَكْثَرُهُ ، بَلْ كُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا أَوْ أُجْرَةً : جَازَ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

واشترط الخرقى أن يكون له نصف يحصل . فلا يجوز على فلس ونحوه .

وتبعه على ذلك ابن عقيل فى الفصول ، والمصنف ، والشارح . وفسروه بنصف يتمول عادة .

قال الزركشى : وليس فى كلام الإمام أحمد هذا الشرط . وكذا كثير من أصحابه ، حتى بالغ ابن عقيل – فى ضمن كلام له – فجوز الصداق بالحبة والتمرة التى ينتبذ مثلها .

قال الزركشى : ولا يعرف ذلك .

فائدة : ذكر القاضى أبو يعلى الصغير ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهما : أنه يستحب أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا ﴾ يعنى الحر ﴿ عَلَى مَنَافِعِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهـداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

إحداهما : يصح . وهو المذهب .

جزم به فى تذكرة ابن عقيل ، وشرح ابن رزين ، والـكافى ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب البلغة ، والنظم ، والتصحيح ، وتجريد العناية ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس ، وغيره .

والرواية الثانية : لا يصح .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله قولا : أن محل الخلاف يختص بالخدمة لما فيه من المهنة والمنافاة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وإذا لم تصح الخدمة صـداقاً ، فقياس المذهب : أنه يجب قيمة المنفعة المشروطة ، إلا إذا علما أن هذه المنفعة لا تـكون صداقاً . فيشبه مالو أصدقها مالا مغصوباً ، فى أن الواجب مهر المثل فى أحد الوجهين

تنبيه : ذكر صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتبصرة ، والترغيب ، والبلغة ، وغيرهم : الروايتين فى « منافعه مدة معلومة » كما قال المصنف هنا .

وأطلقوا المنفعة ، ولم يقيدوها بالعلم ، لـكن قيدوها بالمدة المعلومة . ثم قالوا بعد ذلك : وقال أبو بكر : يصح فى خدمة معلومة ، كبناء حائط ، وخياطة ثوب .

ولا يصح إن كانت مجهولة ، كرد عبدها الآبق ، أو خدمتهـا فى أى شىء أرادته سنة . فقيد المنفعة بالعلم . ولم يذكر المدة . وهو الصواب .

وقال فى الفروع : وفى « منفعته المعلومة مدة معلومة » روايتان .

ثم ذكر بعض من نقل عن أبى بكر ، فقيد المنفعة والمدة بالعلم .

وقال فى الرعاية : وفى منفعة نفسه ـ وقيل : المقدرة ـ روايتان .

وقيل : إن عينا العمل : صح . وإلا فلا .

فوائد

احداها : لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة : صح . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، وغيره .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : هي كالأولى . وقاله القاضى فى التعليق ، وابن عقيل .

الثانية : لا يضر جهل يسير ، ولا غرر يرجى زواله . على الصحيح من المذهب

وقيل : يضر .

فعلى المذهب ؛ لو تزوجها على أن يشترى لها عبد زيد : صح . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقيل : لا يصح .

فعلى المنصوص : لو تعذر شراؤه بقيمته ، فلها قيمته .

الثالثة : يصح عقده أيضاً على دين سَلَم ، وغيره . وعلى غير مقدور له كآبق ، ومغتصب يحصله . وعلى مبيع اشتراه ولم يقبضه . نص على ذلك كله .

وجزم به فى الرعايتين ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا تصح التسمية فى الجميع ، كثوب ، ودابة ، ورد عبدها أين كان . وخدمتها سنة فيما شاءت ، كما تقدم . وما يثمر شجره ، ومتاع بيته .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ أَبْوَابٍ مِنَ الفِقْهِ ، أَوِ الْحَدِيثِ ، أَوْ قَصِيدَةٍ مِنَ الشِّعْرِ المبَاحِ : صَحَّ ﴾ .

وكذا لو أصدقها تعليم شيء من الأدب ، أو صنعة ، أو كتابة . وهذا المذهب . وأطلقه كثير من الأصحاب هنا .

قال فى الهداية وغيره ، فى القصيدة : يصح رواية واحدة . وقدمه فى الرعايتين .

قال فى البلغة ، وتجريد العناية : ويصح على تعليم حديث ، وفقه ، وشعر مباح . وقطعا به .

وقيده المصنف ، والمجد ، والشارح ، والحاوى ، وغيرهم ، بما إذا قلنا : بجواز أخذ الأجرة على تعليمها .

وجزم فى المنور بعدم الصحة . وقدمه فى النظم فى الفقه .

وأطلق فى الفروع ـ فى باب الإجارة ، فى جواز أخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ـ الوجهين . كما تقدم هناك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْفَظُهَا : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وجزم به فى الوجيز .

قال الشارح : ينظر فى قوله . فإن قال « أحصل لك تعليم هذه السورة » صح . لأن هذا منفعة فى ذمته لايختص بها . فجاز أن يستأجر عليها من يحسنها .

وإن قال « على أن أعلمك » فذكر القاضى فى الجامع : أنه لايصح .

وذكر فى المجرد احتمالا بالصحة . أشبه مالو أصدقها مالا فى ذمته ، ولو كان معسراً به .

قال فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع : ويصح على قصيدة لايحسنها ، فيتعلمها ثم يعلمها .

وقيل : لاتصح التسمية .

وقال فى الرعايتين ، فى القراءة : لو شرط سورة لا يعرفها : تَعَلَّمَ وعلم . كمن شرط تعليمها .

وقيل : يبطل .

وقال بعد ذلك : وإن أصدقها تعليم فقه ، أو حديث ، أو أدب ، أو شعر مباح معلوم ، أو صنعة ، أو كتابة : صح . وفروعه كفروع القراءة . انتهى .

قوله ﴿ وَيحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَتَعَلَّمُهَا ثُمَّ يُعَلِّمُهَا ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه . وهو الذى قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : يصح . ولو لم يحفظه نصاً .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ تَعَلَّمَتْهَا مِنْ غَيْرِهِ : لَزِمَهُ أُجْرَةُ تَعْلِيمِهَا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن لو ادعى الزوج : أنه علمها ، وادعت أن غيره علمها : كان القول قولها ، على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : القول قوله .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ تَعَلُّمِهَا : فَعَلَيْهِ نِصْفُ الأُجْرَةِ ﴾

وهو المذهب . جزم به فى الفصول ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وقيل : يلزمه نصف مهر المثل .

ويحتمل أن يعلمها نصفها . بشرط أمن الفتنة .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ووجه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وجزم به فى الهداية ، والخلاصة . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين .

وأطلقهما فى المذهب ، والمغنى ، والشرح .

فعلى هذا الوجه : يعلمها من وراء حجاب من غير خلوة بها .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول[1] ، وقبل تعليمها . قاله المصنف والشارح ، وغيرهما . فعليه الأجرة كاملة .

(١) فى مصورة طلعت « قبل الدخول »

وقيل : يلزمه مهر المثل .

ويحتمل أنه يلزمه تعليمها كاملة لها ، قياساً على ما تقدم قبله .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ تَعْلِيمِهَا : رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الأُجْرَةِ ﴾

بلا نزاع . ولو حصلت الفرقة من جهتها : رجع بالأجرة كاملة عليها .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ شَيْءٍ مِنَ الْقُرْآنِ مُعَيَّنٍ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . منهم : أبو بكر ، والمصنف والشارح ، وابن منجا ، وغيرهم .

وصححه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال فى البلغة ، والنظم : هذا المشهور .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم

وقدمه فى الفروع ، وغيره . وعنه : يصح .

قال ابن رزين : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى عيون المسائل .

وأطلقهما فى تذكرة ابن عقيل ، والمستوعب ، والرعايتين .

وقيل : يصح مطلقا .

وقيل : بل يصح إن جاز أخذ الأجرة عليه . ذكره فى الرعايتين .

وجزم به فى المحرر ، والحاوى الصغير .

قلت : الذى يظهر : أن هذا مراد من قال « لايصح » وأطلق . وأن الخلاف مبنى على جواز أخذ الأجرة على ذلك ، على ما تقدم فى باب الإجارة .

قوله ﴿ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قِرَاءَةِ مَنْ ﴾ .

يعنى على القول بالصحة : لايشترط أن يعين قراءة شخص من القراء . وهذا هو الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الخطاب : يحتاج إلى ذلك .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . وصححه فى النظم ، والرعايتين . وأطلقهما ابن منجا فى شرحه .

فوائد

الأولى : هل يتوقف الحكم بقبض السورة على تلقين جميعها ، أو تلقينُ كل آية قبض لها ؟ فيه احتمالان . ذكرهما الأزجى .

قلت : الصواب ، الذى لاشك فيه : أن تلقين كل آية قبض لها . لأن تعليم كل آية يحصل به نفع كامل . فهو كقبض بعض الصداق إذا كان عينا .

الثانية : أجرى فى الواضح الروايتين فى بقية القُرَب ، كالصلاة والصوم ونحوهما .

الثالثة : لا يصح إصداق الذمية شيئاً من القرآن . وإن صححناه فى حق المسلمة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يصح .

قال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل : يصح بقصدها الاهتداء .

وقطع به فى المذهب .

وتقدم فى أحكام أهل الذمة : أنهم يمنعون من قراءة القرآن على الصحيح من المذهب .

الرابعة : لو طلقها ووُجدت حافظة لما أصدقها ، وتنازعا : هل علمها الزوج أم لا ؟ فأيهما يقبل قوله ؟ فيه وجهان .

أطلقهما فى القاعدة الثالثة عشر .

قلت : الصواب قبول قولها .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَإذَا تزَوّجَ نِسَاءً بمَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَخَالَعَهُنَّ بِعِوَضٍ وَاحِدٍ : صَحّ وَيُقسَمُ بَيْنَهُنَّ عَلَى قدرِ مُهُورِهِنَّ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، والقاضى ، والمصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع وغيرهم .

وفى الآخر : يقسم بينهن بالسوية .

اختاره أبو بكر . وذكره ابن رزين رواية .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة .

وقيل فى الخلع : يقسم على قدر مهورهن . وفى الصداق : يقسم بينهن بالسوية .

[وقال : الصداق يقسم بينهن بالسوية على عددهن .

وفى المحرر . والفروع . وغيرهما ، فى الخلع : أن العوض يقسم بينهن على قدر مهورهن المسماة لهن .

والقولان الأولان فيهما على قدر مهور مثلهن أو على عددهن بالتسوية ، كالقولين فى الصداق ونحوه[1]] .

فائدة : لو كان عقد بعضهن فاسداً : ففيه الخلاف المتقدم . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : للتى عقدها فاسد : مهر المثل . وهو احتمال فى الترغيب من صحة العقود

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا كالثَّمَنِ . فَإِنْ أَصْدَقَهَا دَارًا غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ، أَوْ دَابّة : لَمْ يَصِحّ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . اختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره

---

(١) مابين المربعين ليس فى مصورة طلعت .

وقدمه ابن منجا فى شرحه . وهو ظاهر ماقدمه الشارح .

وقال القاضى : يصح مجهولا ، مالم تزد جهالته على مهر المثل .

فعليه : لو تزوجها على عبد أو أمة ، أو فرس أو بغل ، أو حيوان من جنس معلوم،أو ثوب هروى أو مروى ، وما أشبهه ـ مما يذكر جنسه ـ : صح . ولها الوسط

وكذا لو أصدقها قفيز حنطة ، أو عشرة أرطال زيت ، وما أشبهه .

فإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل ـ كثوب ، أو دابة ، أو حيوان ـ من غير ذكر الجنس ، أو على حكمها ، أو حكم أجنبى ، أو على حنطة ، أو زبيب ، أو على ما اكتسبه فى العام : لم يصح .

ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

ويأتى معنى هذا قريباً عند قوله « وكذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه ونحوه » .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا مُطْلَقًا : لَمْ يَصِحَّ ﴾

وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح .

وقدمه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافى ، ونصره .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى .

قال ابن منجا : هذا المذهب .

وقال القاضى : يصح . ولها الوسط .

قال فى الفروع : وظاهر نصه صحته .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى المنور ، وإدراك الغاية .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ـ وقال : نص عليه ـ وإدراك الغاية .

وظاهر المستوعب ، والفروع : الإطلاق .

فائدة : قوله ﴿ وَهُوَ السِّنْدِيّ ﴾ .

قال فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع : لها فى المطلق وسط رقيق البلد نوعا وقيمة ، كالسندى بالعراق .

زاد فى الفروع ، فقال : لأن أعلى العبيد : التركى والرومى ، وأدناهم : الزنجى ، والحبشى . والوسط : السندى والمنصورى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية جعفر النسائى ـ أن لها وسطا ، يعنى : فيما إذا أصدقها عبداً من عبيده ، على قدر مايخدم مثلها .

وهذا تقييد للوسط بأن يكون مما يخدم مثلها . انتهى .

وقال أيضاً : والذى ينبغى فى سائر أصناف المال ـ كالعبد ، والشاة ، والبقرة ، والثياب ، ونحوها ـ أنه إذا أصدقها شيئاً من ذلك : أنه يرجع فيه إلى مسمى ذلك اللفظ فى عرفها . وإن كان بعض ذلك غالباً : أخذته ، كالبيع ، أو كان من عادتها اقتناؤه أو لبسه : فهو كالملفوظ به . انتهى .

ويأتى « إذا أصدقها ثوباً هروياً أو مروياً ، أو ثوباً مطلقاً » قريباً .

وتقدم ذلك أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ : لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ﴾

واختاره هو والمصنف ، والشارح . وقدمه فى الكافى . ونصره .

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يصح . وهو المذهب .

قال فى المستوعب ، والفروع : وظاهر نصه صحته . واختاره القاضى وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ـ وقال : نص عليه ـ وإدراك الغاية ، وغيرهم .

قال فى القاعدة الخامسة بعد المائة : إذا أصدقها مبهما من أعيان مختلفة : ففى الصحة وجهان . أصحهما : الصحة . انتهى .

وظاهر الفروع : الإطلاق . فإنه قال فيها ، وفى التى قبلها : لم يصح عند أبى بكر والشيخ . وظاهر نصه : صحته . انتهى .

فتلخص فى المسألتين : أن أبا بكر والمصنف وجماعة ، قالوا : بعدم الصحة فيهما . وأن القاضى وجماعة ، قالوا : بالصحة فيهما . وأن أبا الخطاب وجماعة ، قالوا : لايصح فى الأولى ، ويصح فى الثانية . وهو المذهب . كما تقدم .

فعلى المذهب : لها أحدهم بالقرعة . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية مهنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين ، والفروع .

وعنه : لها الوسط . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى القاعدة الستين بعد المائة .

وقيل : لها ما اختارت منهم .

وقيل : هو كنذره عتق أحدهم . ذكرهما ابن عقيل .

وقيل : لها ما اختار الزوج .

وأطلق الثلاثة ـ الأول والأخير ـ فى البلغة .

واختار ابن عقيل : أنهم إن تساووا فلها واحد بالقرعة . وإلا فلها الوسط .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يَخْرُجُ إِذَا أَصْدَقَهَا دَابَّةً مِنْ دَوَابِّهِ ، أَوْ قَمِيصًا مِنْ قُمْصَانِهِ ﴾ .

وكذا لو أصدقها عمامة من عمائمه ، أو خماراً من خُمره ، ونحو ذلك .

وهذا التخريج لأبى الخطاب ، ومن تابعه من الأصحاب .

وقطع فى المحرر وغيره : أنه كذلك .

قال فى الفروع ، والمحرر : وثوب مروى ، ونحوه : كعبد مطلق . لأن أعلى الأجناس وأدناها من الثياب غير معلوم . وثوب من ثيابه ، ونحوه : كقفيز حنطة وقنطار زيت ، ونحوه : كعبد من عبيده .

وجزم بالصحة فى ذلك فى الوجيز .

ومنع فى الواضح ، فى غير عبد مطلق .

ومنع أبو الخطاب فى الانتصار : عدم الصحة فى قوس أو ثوب .

وقال : كل ما جهل دون جهالة المثل : صح .

وتقدم ذلك عن القاضى أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا مَوْصُوفًا : صَحَّ ﴾ .

قطع به الأصحاب . وفى الرعاية الصغرى : وجه بعدم الصحة . وفيه نظر . قاله بعضهم .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءهَا بِقِيمَتِهِ ، أَوْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا وَسَطًا ، أَوْ جَاءهَا بِقِيمَتِهِ ، أَوْ خَالَعَتْهُ عَلَى ذَلِكَ . فَجَاءَتْهُ بِقِيمَتِهِ : لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهَا ﴾ .

هذا أحد الوجهين . وهو المذهب .

اختاره أبو الخطاب فى الهداية ، والمصنف ، والشارح .

وصححه فى تصحيح المحرر ، والخلاصة . وقدمه فى النظم .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وجزم به الشيرازى .

وقال القاضى : يلزمها . وقدمه فى الرعايتين .

وقطع به ابن عقيل فى عمد الأدلة ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا طَلَاقَ امْرَأَةٍ له أُخْرَى : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

يعنى : لم يصح جعل الطلاق صداقا . وهو المذهب . اختاره أبو بكر، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى النظم ، وتجريد العناية : لم يصح فى الأصح .

وجزم به فى منتخب الأدمى . وقدمه فى الخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه يصح . جزم به فى الوجيز . ولم أر من اختاره غيره . مع أن له قوة .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والبلغة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو قيل ببطلان النكاح : لم يبعد . لأن المسمى فاسد لا بدل له . فهو كالخمر ونكاح الشغار .

فعلى المذهب : لها مهر مثلها . قاله القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب ، وغيرهما وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والرعايتين ، والحاوى . وغيرهم .

وحكى القاضى فى المجرد عن أبى بكر : أنها تستحق مهر الضرة . وقاله ابن عقيل .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو أجود . ذكره فى الاختيارات .

قوله ﴿ فَإِنْ فَاتَ طَلَاقُهَا بِمَوْتِهَا ، فَلَهَا مَهْرُهَا فِى قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ﴾ .

وهكذا قال فى الهداية . وهو الصحيح على هذه الرواية .

جزم به فى المذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والمغنى ، والشرح وفرضا المسألة فيما إذا لم يطلقها .

وقيل : لها مهر مثلها . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . ووجه فى البلغة وأطلقهما .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو جعل صداقها أن يجعل إليها طلاق ضرتها إلى سنة قاله فى المستوعب ، والفروع ، وغيرهما .

وقيل : يسقط حقها من المهر إذا مضت السنة ولم تطلق . ذكره أبو بكر . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو أصدقها عتق أمته : صح ، بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ كَانَ أَبُوهَا حَيًّا ، وَأَلْفَيْنِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا : لَمْ يَصِحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا أولى .

قال فى الفروع ، ونصه : لا يصح .

وصححه فى النظم ، والخلاصة ، وغيرهما .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : بطل فى المشهور .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى البلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : يصح . وهى مخرجة . خرجها بعض الأصحاب من التى بعدها . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ زَوْجَةٌ ، وَأَلْفَيْنِ إِنْ كَانَ لَهُ زَوْجَةٌ : لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا ﴾ .

واختاره أبو بكر، والمصنف، والشارح .

قال فى الخلاصة : لم يصح على الأصح .

قلت : وهو الصواب . وهو رواية مخرجة .

والمنصوص : أنه يصح . وهو المذهب .

قال فى الفروع : ونصه يصح . وصححه فى النظم .

قال فى المذهب : صح فى المشهور .

وجزم به فى الوجيز، وغيره . وقدمه فى البلغة ، والمحرر ، والرعايتين . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الهداية ، والحاوى الصغير ، وغيرهما : نص الإمام أحمد رحمه الله فى الأولى : على وجوب مهر المثل . وفى الثانية : على صحة التسمية . فيخرج فى المسألتين روايتان .

وقال فى المستوعب : قال أصحابنا تخرج المسألة على روايتين .

وقدم فى البلغة عدم التخريج . وهو المذهب كما تقدم . قال : وحمل بعض أصحابنا كل واحدة على الأخرى .

فائدة : وكذا الحكم : لو تزوجها على ألف إن لم يخرجها من دارها ، وعلى ألفين إن أخرجها ، ونحوه .

قوله ﴿ وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِسَيِّدَتِهِ : أَعْتِقِينِى عَلَى أَنْ أَتَزَوَّجَكِ . فَأَعْتَقَتْهُ عَلَى ذَلِكَ : عَتَقَ . وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَىْءٌ ﴾ .

وهذا المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، وغيرهم .

وكذا لو قالت : أعتقتك على أن تتزوج بى : لم يلزمه ذلك ، ويعتق .

وتقدم التنبيه على ذلك فى « باب أركان النكاح » عند قوله « إذا قال : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك » .

قوله ﴿ وَإِذَا فُرِضَ الصَّدَاقُ مُؤَجَّلاً ، وَلَمْ يُذْكَرْ مَحَلّ الأَجَلِ : صَحَّ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَمَحَلُّهُ : الْفُرْقَة ، عِنْدَ أَصْحَابِنَا ﴾ .

اعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلا أو معجلا بطريق أولى . ويجوز بعضه معجلا ، وبعضه مؤجلا .

ومتى فرض الصداق وأطلق : اقتضى الحلول .

وإن شرطه مؤجلا إلى وقت : فهو إلى أجله .

وإن شرطه مؤجلا ، ولم يذكر محل الأجل - وهى مسألة المصنف - فالصحيح : أنه يصح . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب ، منهم القاضى .

وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقال أبو الخطاب : لا يصح .

يعنى : لايصح فرضه مؤجلا من غير ذكر محل الأجل . ولها مهر المثل .

وقال عن الأول : فيه نظر . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره القاضى فى الجامع الصغير .

وقدمه فى الخلاصة . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

فعلى المذهب : قال المصنف هنا « ومحله الفرقة عند أصحابنا » منهم القاضى . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : يكون حالا . وذكرها ابن أبى موسى احتمالا .

وقال ابن عقيل : يحتمل عندى أن يكون الأجل إلى حين الفرقة ، أو حين الخلوة والدخول .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الأظهر أنهم أرادوا بالفرقة البينونة .

فعلى هذا : الرجعية لا يحل مهرها إلا بانقضاء عدتها .

قوله ﴿ وَإِنْ أَصْدَقَهَا خَمْرًا ، أَوْ خِنْزِيرًا ، أَوْ مَالاً مَغْصُوبًا : صَحَّ النِّكَاحُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب ، منهم الخرقى ، وابن حامد ، والقاضى ، والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وابن عبدوس ، وغيرهم .

قال المصنف هنا : والمذهب صحته .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنه يعجبه استقبال النكاح ـ يعنى أن النكاح فاسد ـ اختاره أبو بكر . واختاره أيضاً شيخه الخلال ، والجوزجانى . لكن يشترط أن يكونا يعلمان حالة العقد : أنه خمر ، أو خنزير ، أو مغصوب .

وحملها القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم على الاستحباب .

تنبيه : إلحاق المغصوب بالخمر والخنزير : عليه أكثر الأصحاب . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : محل الخلاف فيما هو محرم لحق الله ـ كالخمر ، والخنزير ، والحر ـ ونحو ذلك . ولا يدخل (1) المغصوب . فيصح به قولا واحداً .

قال الزركشى : وهذا اختيار الشيخين ، حتى بالغ أبو محمد فحكى الاتفاق عليه

قلت : وهو ظاهر كلام صاحب الرعاية ، والحاوى .

---

(1) فى نسخة طلعت : ونحو ذلك . لأنه يدخل .

قوله ﴿ وَوَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعند ابن أبى موسى : يجب مثل المغصوب أو قيمته .

قال الزركشى : واختاره أبو العباس .

وقال فى الواضح : إن باع المغصوب صاحبه بثمن مثله : لزمه .

وعنه : يجب مثل الخمر خلا .

فائدة : يجب المهر هنا بمجرد العقد . على الصحيح من المذهب .

وقال فى الترغيب ، والبلغة : وعنه يجب بالعقد ، بشرط الدخول .

قوله ﴿ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ ، فَخَرَجَ حُرًّا ، أَوْ مَغْصُوبًا ، أَوْ عَصِيرًا ، فَبَانَ خَمْرًا : فَلَهَا قِيمَتُهُ ﴾ .

يعنى يوم التزويج .

قال القاضى فى التعليق : إن خرج حراً فلها قيمته . وقطع به الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وإن خرج العبد مغصوباً فلها قيمته أيضاً . وهو المذهب .

وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وإن بان العصير خمراً ، فجزم المصنف هنا : أن لها قيمته . وهو أحد الوجوه . اختاره القاضى .

وجزم به فى المحرر ، والحاوى الصغير ــ وقالا : رواية واحدة ــ وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم .

وقيل : لها مثل العصير . وهو المذهب . واختاره المصنف ، والشارح ، وردّا قول القاضى .

وجزم به فى الوجيز، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لها مهر المثل . وقدمه فى الإيضاح

قال فى البلغة : يرجع إلى مهر المثل فى المثلى ، و بالقيمة فى غيره .

وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله : لا يلزمه فى هذه المسائل شىء .

وكذا قال فى مهر معين تعذر حصوله .

فائدة : لو تزوج على عبدين ، فبان أحدهما حراً . فالصحيح من المذهب : أن لها قيمة الحر فقط ، وتأخذ الرقيق . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : أن لها قيمتهما .

ولو تزوجها على عبد . فبان نصفه مستحقاً ، أو أصدقها ألف ذراع ، فبانت تسعمائة : خيرت بين أخذه وقيمة التالف ، و بين قيمة الكل . ذكره أبو بكر ، وقال : هو معنى المنقول عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال المصنف ، والشارح : نص عليه . وقدمه فى الفروع .

وتقدم اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه لا يلزمه شىء .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَتْ بِهِ عَيْبًا : فَلَهَا الخِيَارُ بَيْنَ أَخْذِ أَرْشِهِ ، أَوْ رَدِّهِ وَأَخْذِ قِيمَتِهِ ﴾ .

وكذا لو بان ناقصاً صفة شرطتها .

[فأما الذى بالذمة إذا قبض مثله عنه ، ثم بان معيباً ، ونحوه . فإنه يجب بدله ، لا أرشه ولا قيمته . كما قد صرح به المحرر وغيره] (١) .

وحكم ذلك كله كالبيع . كما تقدم . ذكره فى الفروع .

وقال الناظم : لها أخذ الأرش فى الأصح .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله بن حسن .

وقال فى المحرر وغيره : وعنه لا أرش لها مع إمسا كه .

فائدة : ذكر الزركشى عن الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه ذكر فى بعض قواعده : جواز فسخ المرأة النكاح ، إذا ظهر المعقود عليه حراً ، أو مغصوباً ، أو معيباً .

والإمام والأصحاب على خلاف ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ تزَوَّجَها عَلَى أَلْفٍ لَهَا ، وَأَلْفٍ لِأَبِيهَا : صَحَّ . وَكَانَا جَمِيعًا مَهْرَهَا . فإنْ طَلَّقَهَا قَبلَ الدُّخُولِ ، بَعْدَ قَبْضِهِمَا : رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَلْفٍ . وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الأَبِ شَئٌ مِمَّا أَخَذَهُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

لكن يشترط فى الأب : أن يكون ممن يصح تملكه . قاله الأصحاب .

وذكر فى الترغيب رواية : أن المسمى كله لها . ويرجع به على الأب .

قال الزركشى : وحكى أبو عبد الله بن تيمية رواية ببطلان الشرط ، وصحة التسمية .

وقيل : يبطلان ، ويجب مهر المثل . قاله الزركشى وغيره .

فائدة : لو شرط أن جميع المهر له : صح . كشعيب صلى الله عليه وسلم .

فلو طلقها قبل الدخول رجع بنصفه عليها ، ولا شىء على الأب . وهذا الصحيح .

وقاله القاضى وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يرجع عليه بنصف ماأخذ . وهو احتمال المصنف .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك .

[فعلى هذا : لو كان ماشرطه الأب أكثر من النصف : رجع على الأب بما زاد على النصف . وبقية النصف على الزوجة][1]

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله بن حسن .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف رحمه الله ، وغيره : أنه سواء أجحف الأخذ بمال البنت أو لا .

قال الزركشي : وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد رحمه الله ، والقاضي في تعليقه وأبي الخطاب ، وطائفة .

وشرط عدم الإجحاف القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وهذا ضعيف . ولا يتصور الإجحاف ، لعدم ملكها له .

فائدة : يملك الأب ماشرطه لنفسه بنفس العقد ، كما تملكه هي . حتى لو مات قبل القبض وُرث عنه . لكن يقدر فيه الانتقال إلى الزوجة أولا ، ثم إليه ، كأعتق عبدك عن كفارتي . ذكر ذلك ابن عقيل في عمد الأدلة . وقدمه الزركشي.

وقال القاضي ، والمصنف ، والشارح : لا يملكه إلا بالقبض مع النية .

قال الزركشي : وضعف هذا بأنه يلزم منه بطلان خصيصة هذه المسألة .

قال : ويتفرع من هذا ـ على قول أبي محمد ـ أنه لو وجد الطلاق قبل القبض فللأب أن يأخذ من الألف التي استقرت للبنت ما شاء . والقاضي يجعل الألف بينهما نصفين ، كجملة الصداق

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُ الأَبُ فَالْكُلّ لَهَا ﴾ . صحة التسمية . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : تبطل التسمية ، ويجب لها مهر المثل . قاله القاضي في المجرد .

قوله ﴿ وَلِلْأَبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . منهم الخرقي ، والقاضي ، وأصحابه .

قال الزركشى : هذا المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . وقطع به المصنف ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

وهو من مفردات المذهب .

وظاهر كلام ابن عقيل فى الفصول : اختصاص هذا الحكم بالأب المجبر . وهو قول القاضى فى المجرد . وهو من المفردات أيضاً .

وقيل : يختص ذلك بالمحجور عليها فى المال . ذكره ابن أبى موسى فى الصغيرة وفى معناها السفيهة .

وفى التعليق احتمال : أن حكم الأب مع الثيب حكم غيره من الأولياء .

تنبيه : حيث قلنا للأب ذلك ، فليس لها إلا ما وقع عليه العقد . فلا يتممه الأب ولا الزوج . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يتممه الأب ، كبيعه بعض مالها بدون ثمنه لسلطان يظن به حفظ الباقى ذكره فى الانتصار .

وقيل : يتممه لثيب كبيرة .

وفى الروضة : بما وقع عليه العقد قبل لزوم العقد .

وقيل : على الزوج بقية مهر المثل . ذكره ابن حمدان فى رعايتيه .

تنبيه : قوله « وإن كرهت » هذا المذهب . نص عليه ، وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : وقد يستشكل من لا يملك إجبارها إذا قالت « أذنت لك أن تزوجنى على مائة درهم لا أقل » فكيف يصح أن يزوجها على أقل من ذلك؟

وقد يقال : إذنها فى المهر غير معتبر ، فيلغى . ويبقى أصل إذنها فى النكاح .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُهُ بِإِذْنِهَا : صَحَّ . وَلَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ الاعْتِرَاضُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : على الزوج بقية مهر المثل . ذكره ابن حمدان فى رعايتيه .

قلت : وهو مشكل . لأنها إن كانت رشيدة ، فكيف يلزم الزوج ذلك مع رضاها بغيره ؟ وإن كانت غير رشيدة ، ولها إذن ، وأذنت فى ذلك . فهذا يحتمل أن يلزم الزوج التتمة . ويحتمل أن يلزم الولى . لكن الأولى هنا : لزوم التتمة إما على الزوج أو الولى . هذا ما يظهر .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ ﴾ .

فيكمله الزوج . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى ، والباقى على الولى ، كالوكيل فى البيع . وهو لأبى الخطاب .

قلت : وهو الصواب . وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله . واختاره الشيخ تقى الدين . وقدمه فى القواعد فى الفائدة العشرين . وقال : نص عليه فى رواية ابن منصور .

قال فى الفروع : وبدون إذنها يلزم الزوج تتمته . ويضمنه الولى .

وعنه : تتمته عليه كمن زوج بدون ما عينته له . قال : ويتوجه كخلع .

وفى الكافى : للأب تعويضها .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ : صَحَّ . وَلَزِمَ ذِمَّةَ الابْنِ ﴾ هذا المذهب .

قال القاضى : هذا المذهب ، رواية واحدة .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وعنه : على الأب ضمانا .

وعنه : أصالة . ذكرها الشيخ تقى الدين .

ونقل ابن هانىء : يلزم ذمة الابن مع رضاه .

وقيل : لا يتزوج له بأكثر من مهر المثل . اختاره القاضى .

وتقدم ذلك بأبسط من هذا فى أركان النكاح ، بعد قوله « الثانى : رضى الزوجين » .

فعلى المذهب : لو قضاه عنه أبوه ، ثم طلق ابنه قبل الدخول ـ وقيل : بعد البلوغ ـ فنصف الصداق للابن دون الأب . قاله فى الرعاية .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ الأَبُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يضمنه الأب . كثمن مبيعه . وهو المذهب .

قال القاضى : هذا أصح .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والثانى : يضمنه للعرف . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز .

وعنه : يلزمه أصالة . ذكرها فى الرعاية .

وقيل : يضمن الأب الزيادة فقط .

وقال فى النوادر : نقل صالح كالنفقة . فلا شىء على الابن .

قال فى الفروع : كذا قال .

وقال الشيخ تقى الدين : ويتحرر لأصحابنا ـ فيما إذا زوج ابنه الصغير بمهر المثل أو أزيد ـ روايات .

إحداهن : هو على الابن مطلقا ، إلا أن يضمنه الأب . فيكون عليهما .

الثانية : هو على الابن ، إلا أن يضمنه الأب . فيكون عليه وحده .

الثالثة : على الأب ضمانا .

الرابعة : على الأب أصالة .

الخامسة : إن كان الابن مقراً فهو على الأب أصالة .

السادسة : فرق بين رضى الابن وعدم رضاه .

تنبيه : قوله ﴿ وَلِلأَبِ قَبْضُ صَدَاقِ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

﴿ وَلاَ يَقْبِضُ صَدَاقَ الثَّيِّبِ الْكَبِيرَةِ إلاَّ بِإِذْنِهَا ﴾ .

يعنى إذا كانت رشيدة .

فأما إن كانت محجوراً عليها : فله قبضه بغير إذنها ، وهو واضح . وتقدم ذلك فى باب الحجر .

قوله ﴿ وَفِى الْبِكْرِ الْبَالِغِ : رِوَايَتَانِ ﴾ .

يعنى الرشيدة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

إحداهما : لا يقبضه إلا بإذنها إذا كانت رشيدة . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . وصححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وقدمه فى الفروع ، والحارثى فى باب الهبة .

والثانية : يقبضه بغير إذنها مطلقاً . زاد فى المحرر ومن تابعه : مالم يمنعه .

فعلى الثانية : يبرأ الزوج بقبض الأب ، وترجع على أبيها بما بقى ، لا بما أنفق منه .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَإِنْ تزَوّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ عَلَى صَدَاقٍ مُسَمًّى : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع . ويجوز له نكاح أمة . ولو قدر على نكاح حرة . ذكره أبو الخطاب . وابن عقيل ، وهو معنى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

الثانية : متى أذن له ، وأطلق : لم ينكح إلا واحدة . نص عليه .

وزيادته على مهر المثل فى رقبته . على الصحيح من المذهب .

وعنه : بذمته .

وفى تناول النكاح الفاسد احتمالان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب أنه لا يتناوله .

قوله ﴿ وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة وشرح ابن منجا .

إحداهما : يتعلق بذمة سيده . وهو المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وصححه فى التصحيح .

قال فى تجريد العناية : ويتعلق بذمة سيده على الأسد .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وإدراك الغاية .

والثانية : يتعلق برقبته . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير

وعنه : يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد .

وعنه : يتعلق بذمتهما : ذمة العبد أصالة ، وذمة السيد ضمانا .

وعنه : يتعلق بكسبه . وأطلقهن فى القواعد الأصولية .

فإن قيل : هذه الرواية هى عين الرواية الأولى ، لأن السيد يملك كسبه فهو فى ذمته ؟ .

قيل : ليست هى ، بل غيرها .

وفائدة الخلاف : أنا إذا قلنا يتعلق بذمة السيد : تجب النفقة عليه . وإن لم يكن للعبد كسب . وليس للمرأة الفسخ لعدم كسبه . وللسيد استخدامه ومنعه من التكسب .

و إن قلنا : يتعلق بكسبه ، فللمرأة الفسخ ، إذا لم يكن له كسب . وليس لسيده منعه من الثلاث . ذكره المصنف وغيره .

و يأتى فى آخر نفقة الأقارب والماليك «هل له أن يتسرى بإذن سيده أم لا ؟»

تنبيه : إذا قلنا يتعلق المهر بذمة السيد ضماناً ، فقضاه عن عبده : فهل يرجع عليه إذا عتق ؟ .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينبغى أن يخرج هنا على الخلاف فى مهر زوجته إذا كانت أمة للسيد ، فحيث رجع هناك رجع هنا .

فائدتان

إحداهما : حكم النفقة حكم الصداق ، خلافاً ومذهبا . قاله فى الفروع ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

قال ناظم المفردات :

وزوجة العبد بإذن السيد عليهما ينفق فى المجود

الثانية : لو طلق العبد . فإن كان الطلاق رجعياً فله الرجعة بدون إذن سيده . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وغيرهم . واقتصر عليه فى القواعد الفقهية . لأن الملك قائم بعد .

و إن كان الطلاق بائناً ، لم يملك إعادتها بغير إذنه . لأنه تجديد ملك . والإذن مطلق ، فلا يتناول أكثر من مرة واحدة . قاله فى القاعدة الأربعين .

قوله ﴿وَإِنْ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ : لَمْ يَصِحّ النِّكَاحُ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين . والحاوى الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم .

وعنه : النكاح موقوف .

قال فى الفروع ـ بعد أن قدم الأول ـ وقال أصحابنا : كفضولى . ونقله حنبل وإن وطىء فيه : فكنكاح فاسد .

فعلى القول بالوقف على إجازة السيد : لو أعتقه عقب النكاح . فقال أبو الخطاب فى الانتصار : صح نكاحه ونفذ ، بخلاف مالو اشترى شيئاً بغير إذن السيد ، ثم أعتقه عقب الشراء : لم ينفذ شراؤه .

قال فى القواعد الأصولية : وما قاله فيه نظر .

قوله ﴿فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَجَبَ فِى رَقَبَتِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . واختاره أبو بكر .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : وجب مهر المثل فى أصح الروايتين .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية .

وقيل : فى ذمته . وهو احتمال فى المغنى ، وغيره . واختاره الشارح ، وغيره .

وعنه : الواجب هو المسمى ، ويتعلق برقبته .

وقيل : الواجب خمسا مهر المثل . وهو احتمال فى المغنى أيضاً وغيره .

وعنه : الواجب خمسا المسمى . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه . منهم الشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى .

وقال الزركشى : هذه أشهر الروايات .

وقدمه فى الخلاصة ، وإدراك الغاية . وجزم به ناظم المفردات وهو منها .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

وعنه : إن علمت أنه عبد : فلها خُمسا المسمى . وإن لم تعلم : فلها المهر فى رقبته .

ونقل حنبل : لا مهر لها مطلقا .

قال فى المحرر ، وعنه : إن علما فلا مهر لها بحال .

فقيدها بما إذا علما التحريم . وكذا حملها القاضى أيضاً . وتبعه فى الرعاية .

وزاد : قلت إن علمت المرأة وحدها .

قال فى الفروع : وظاهر كلام جماعة : أو علمته هى ، يعنى وحدها .

قال : والإخلال بهذه الزيادة سهو . انتهى .

وقال المصنف : يحتمل مانقل حنبل : أن يحمل على إطلاقه . ويحتمل أن يحمل على ماقبل الدخول . ويحتمل أن يحمل على أن المهر لا يجب فى الحال . بل يجب فى ذمة العبد ، يتبع به إذا عتق .

قال فى القواعد الأصولية : وأُوِّلت هذه الرواية بتأويلات فيها نظر .

وعنه : تعطى شيئا . نقله المروذى ، قال : قلت : أتذهب إلى قول عثمان ؟ قال : أذهب إلى أن تعطى شيئا .

قال أبو بكر : وهو القياس .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قول المصنف ، وغيره : أن خمسا المسمى تجب فى رقبة العبد وقالوا : اختاره الخرقى . والخرقى إنما قال : على سيده خمسا المهر .

والجواب عن ذلك : أن القول بوجوبه فى رقبة العبد : هو على السيد . لأنه ملكه . غايته : أنهم خصصوه برقبة العبد . والخرقى جعله على السيد . ولا ينفك ذلك عن مال السيد .

الثانى : مراده ـ والله أعلم ـ بالدخول فى قوله « فإن دخل بها » الوطء . وقد صرح به فى الوجيز ، وغيره .

فعلى هذا : لايجب بالخلوة إذا لم يطأ .

والظاهر : أن هذا من الأنكحة الفاسدة ، يعطى حكمها فى الخلوة . على مايأتى فى آخر الباب ، والخلاف فيه .

فائدتان

إحداهما : ظاهر كلام الأكثر : أن الإمام أحمد رحمه الله : إنما صار إلى أن الواجب خمسا المسمى توقيفا . لأنه نقل عن عثمان رضى الله عنه .

ووجهها الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فقال : المهر فى نكاح العبد يجب بخمسة أشياء : النكاح ، وعقد الصداق ، وإذن السيد فى النكاح ، وإذنه فى الصداق ، والدخول . فإذا نكح بلا إذنه : فالنكاح باطل ، ولم يوجد إلا التسمية من العبد والدخول . فيجب الخمسان .

الثانية : يفديه سيده بالأقل من قيمته ، أو المهر الواجب .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ : لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ ﴾ .

ذكره أبو بكر . واختاره هو وجماعة . منهم القاضى .

وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية .

وقيل : يجب ويسقط . وهو رواية فى التبصرة .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، وإدراك الغاية .

وعنه : يجب المهر ، و يتبع به بعد عتقه . نقله سندى . وهو المذهب .

قال فى المحرر وغيره : وهو المنصوص . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف .

قوله ﴿ وَإِنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ حُرَّةً ، ثُمَّ بَاعَهَا الْعَبْدَ بِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ : تَحَوَّلَ صَدَاقُهَا ، أَوْ نِصْفُهُ ـ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ـ إِلَى ثَمَنِهِ ﴾ .

يعنى إذا قلنا : يتعلق المهر برقبة العبد . قاله الأصحاب .

فأما إن قلنا : يتعلق بذمة السيد ـ وهو المذهب . كما تقدم ـ : فإن كان المهر وثمن العبد من جنس واحد ، واتفقا فى الحلول أو التأجيل : تقاصا .

وأما إن قلنا : إن المهر يتعلق بذمتيهما : فإنه يسقط . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . لملكها العبد . والمالك لا يجب له شىء على مملوكه . والسيد تبع له . لأنه ضامن . و يبقى الثمن للسيد عليها لسقوط مهرها .

وقيل : لا يسقط ، لثبوته لها عليهما قبل أن تملكه .

قال فى الفروع وغيره : بناء على من ثبت له دين على عبد ثم ملكه . فإن فى سقوطه وجهين .

قال فى المحرر : أصلهما من ثبت له دين على عبد ثم ملكه ، هل يسقط ؟ على وجهين .

وقدم فى المحرر وغيره : السقوط . وقاله فى الرعايتين ، والحاوى .

وقيل : لا يسقط ، لثبوته لها قبل شرائه .

فمن ثبت له على عبد دين ، أو أرش جناية ، ثم ملكه : سقط .

وقيل : لا يسقط .

وتقدم ذلك فى أواخر باب الحجر .

تنبيه : صرح المصنف بقوله « تحول صداقها ، أو نصفه » أن شراءها له قبل الدخول : لا يسقط نصف مهرها . وهو إحدى الروايتين . وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة هنا . وقدمه فى الرعايتين هنا . والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يسقط . لأن الفسخ إنما تم بشرائها ، فكأنها هى الفاسخة .

وهما وجهان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

ويأتى هذا محرراً فى كلام المصنف فيما إذا جاءت الفرقة من جهتها .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهَا إِيَّاهُ بِالصَّدَاقِ : صَحَّ ، قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضى . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع وغيرهم .

ويحتمل أن لاَ يَصِحَّ قَبْلَ الدُّخُولِ .

وهو رواية ذكرها فى الفروع ، والمستوعب ، وقال : لأنها متى ملكته انفسخ النكاح ، قال : فعلى هذا يجب أن لا يصح شراؤها لزوجها قبل الدخول . لأنه مبطل مهرها . لأن الفرقة بسبب من جهتها . وإذا بطل المهر بطل الشراء . قال : وهذه إحدى مسائل الدور .

قال : وعلى الأولة : السيد قائم مقام الزوج فى توفية المهر ، فصارت الفرقة مشتركة بين الزوج والزوجة . وإذا كان كذلك : غلب فيها حكم الزوج كالخلع .

وإذا ثبت أن الفسخ من جهة الزوج : فعليه نصف المهر . فيصح البيع . ويغرم النصف الآخر . كما لو قبضت جميع الصداق ، ثم طلقت قبل الدخول . فإنها ترد نصفه . انتهى .

قال فى الفروع : واختار ولد صاحب الترغيب : أنه إن تعلق برقبته أو ذمته ، وسقط ما فى الذمة بملك طارىء : برئت ذمة السيد .

فعلى هذا : يلزم الدور . فيكون فى الصحة ، بعد الدخول ، الروايتان قبله . انتهى

فعلى المذهب ــ وهو الصحة ــ فى رجوعه قبل الدخول بنصفه ، أو بجميعه : الروايتان المتقدمتان .

فائدة : لو جعل السيد العبد مهرها : بطل العقد ، كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه . إذ تقدَّره له قبلها . فيقدر الملك فيمن يعتق على الابن للابن قبل الزوجة .

وقيل : عقد الزوجية إذا دخل فى ملكه هو قبلها : عتق عليه دونها .

قوله ﴿ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ الصَّدَاقَ الْمُسَمَّى بِالْعَقْدِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المذهب المعروف المجزوم به عند الأكثرين . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لا تملك إلا نصفه . ذكره القاضى ومن بعده .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا ــ كَالْعَبْدِ ، وَالدَّارِ ــ فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَنَمَاؤُهُ لَهَا . وَزَكَاتُهُ ، وَنَقْصُهُ ، وَضَمَانُهُ عَلَيْهَا ، إِلاَّ أَنْ يَمْنَعَهَا قَبْضَهُ ، فَيَكُونُ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ــ وقال : هذا المذهب ــ وغيرهم .

وعنه ــ فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه ــ إن كانت قد قبضته فهو لها ، وإلا فهو للزوج .

فعلى هذا : لايدخل فى ضمانها إلا بقبضه .

قال فى المحرر وغيره : ومن شرط تصرفها فيه ، ودخوله فى ضمانه : قبضه ، إلا المتميز . فإنه على روايتين ، كما بيناه فى البيع .

وقال فى الفروع : وتقدم الضمان والتصرف فى البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، كَقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ : لَمْ يَدْخُلْ فى ضَمَانِهَا ، وَلَمْ تَمْلِكْ التَّصَرُّفَ فِيهِ إِلاَّ بِقَبْضِهِ ، كَالْمَبِيعِ ﴾ .

قاله الأصحاب . وتقدم الخلاف فى ذلك . والصحيح من المذهب ، وما يحصل به القبض فى آخر باب خيار البيع . فإن هذا مثله عند الأصحاب .

وذكر القاضى فى موضع من كلامه : أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه ـ كالمهر وعوض الخلع ـ يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَبَضَتْ صَدَاقَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ : رَجَعَ بِنِصْفِهِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا . وَيَدْخُلُ فِى مُلْكِهِ : حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ ﴾

هذا المذهب . نص عليه .

قال المصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشارح : هذا قياس المذهب .

وجزم به فى الخلاصة ، والمنور . وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَدْخُلَ حَتَّى يُطَالِبَ بِهِ وَيَخْتَارَ . وذكره القاضى ، وأبو الخطاب . وهو وجه لبعضهم . وأطلقهما فى المستوعب .

قال فى الترغيب ، والبلغة : أصل هذين الوجهين : الاختلاف فيمن بيده عقدة النكاح .

قال فى القاعدة الخامسة والثمانين : وليس كذلك . ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك . فإن العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك .

كالشفعة . وليس فى قولنا « إن الذى بيده عقدة النكاح : هو الأب » مايستلزم أن الزوج لم يملك نصف الصداق . لأنه إنما يعفو عن النصف المختص بابنته . انتهى .

فعلى المذهب : ما حصل من النماء قبل ذلك : فهو بينهما نصفان .

وعلى الثانى : يكون لها .

وعلى المذهب : لو طلقها على أن المهر كله لها : لم يصح الشرط .

وعلى الثانى : فيه وجهان . قاله فى الفروع .

وعلى المذهب أيضاً : لو طلق ثم عفا . ففى صحته وجهان . قاله فى الفروع .

ويصح على الثانى ، ولا يتصرف .

وفى الترغيب ، على الثانى : وجهان . لتردده بين خيار البيع وخيار الواهب .

ويأتى « إذا طلقها قبل الدخول . وكان الصداق باقياً بعينه . هل يجب رده . أم لا ؟ » بعد قوله « وإن نقص الصداق بيدها » .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الصَّدَاقُ زَائِدًا زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً : رَجَعَ فِي نِصْفِ الأَصْلِ ، وَالزِّيَادَةُ لَهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية أبى داود ، وصالح .

وقال فى الفروع : لايرجع فى نصف زيادة منفصلة على الأصح .

قال فى القاعدة الثانية والثمانين : هذا المذهب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وعنه : له نصف الزيادة المنفصلة .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ رَجَعَ فِي نِصْفِ الأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ ﴾

أن الأصل لو كان أمة ، وولدت عندها : أن الولد لها . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . فإن الولد نماء منفصل . على الصحيح ، على ماتقدم . وصرح القاضى به فى التعليق .

وقال فى المجرد : للزوج نصف قيمة الأم .

وقال فى الخلاف : يرجع بنصف الأمة . قاله فى القواعد .

واستثنى أبو بكر ــ قاله فى القواعد ، وصاحب المستوعب ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم ــ من النماء المنفصل : ولد الأمة . فلا يجوز للزوج الرجوع فى نصف الأمة ، حذراً من التفريق فى بعض الزمان .

قلت : وفى هذا نظر ظاهر . فإن ذلك كالأمة المشتركة إذا ولدت .

وخرج ابن أبى موسى : أن الولد للمرأة ، ولها نصف قيمة الأم .

قال فى القواعد : وهذا ضعيف جداً . وهو كما قال .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً : فَهِىَ مُخَيَّرَةٌ بيْنَ دَفْعِ نِصْفِهِ زَائِدًا ، وَبَيْنَ دَفْعِ نِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ العَقْدِ ﴾ .

اعلم أن الزيادة المتصلة : للزوجة ، على الصحيح من المذهب . وليس للزوج الرجوع فيها . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

قال فى القاعدة الحادية والثمانين : ذكره الخرقى . ولم يعلم عن أحد من الأصحاب خلافه ، حتى جعله القاضى فى المجرد رواية واحدة .

وخرج المجد ، ومن تبعه : رواية بوجوب دفع النصف بزيادته من الرواية التى فى المنفصلة .

وهذا التخريج رواية فى الترغيب . وأطلق فى الموجز الروايتين فى النماء .

وقال فى التبصرة : لها نماؤه بتعيينه . وعنه : بقبضه .

وخرج فى القواعد وجهاً آخر ، بالرجوع فى النصف بزيادته ، وبرد قيمة الزيادة ، كما فى الفسخ بالعيب .

قال : وهذا الحكم إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها . وأما إن لم يمكن : فهو شريك بقيمة النصف يوم الإصداق .

تنبيهان

أحدهما : محل الخيرة للزوجة : إذا كانت غير محجور عليها .

فأما المحجور عليها : فليس لها أن تعطيه إلا نصف القيمة . قاله المصنف ، وغيره . وهو واضح .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَبَيْنَ دفعِ نصفِ قيمتِهِ يومَ العقدِ ﴾ أنه سواء كان متميزاً ، أو لا . وكذا قال الخرقى ، والمصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح ، وابن حمدان ، فى رعايتيه ، وغيرهم .

وحرر فى المحرر ، وتبعه فى الفروع ، فقالا : إن كان المهر المتميز يضمن بمجرد العقد : فله نصف قيمته يوم العقد . وإن كان غير متميز : فله قيمة نصفه يوم الفرقة ، على أدنى صفة من وقت العقد إلى وقت قبضه .

وفى الكافى : إلى وقت التمكين منه . قاله الزركشى .

ويحمل كلام الخرقى ، وأبى محمد ، ومن تابعهما على ذلك . قال : إذ الزيادة فى غير المتميز : صورة نادرة .

ولذلك علل أبو محمد : بأن ضمان النقص عليها . فعلم أن كلامه فى المتميز . انتهى .

وقال فى البلغة ، والترغيب : المهر المعين قبل قبضه : هل هو بيده أمانة ، أو مضمون ، فيكون مؤنة دفن العبد عليه ؟ فيه روايتان . وبنى عليهما التصرف والنماء ، وتلفه .

وعلى القول بضمانه : هل هو ضمان عقد ، بحيث ينفسخ فى المعين ، ويبقى فى تقدير المالية يوم الإصداق ، أو ضمان يد ، بحيث تجب القيمة يوم تلفه ، كعارية ؟ فيه وجهان .

ثم ذكر : أن القاضى ، وجماعة ، قالوا : مانفتقر توفيته إلى معيار : ضمنه ، وإلا فلا ، كبيع . انتهى . والوجهان فى المستوعب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا ، خُيِّرَ الزَّوْجُ بَيْنَ أَخْذِهِ نَاقِصًا . وَلاَ شَىْءَ لَهُ غَيْرَه ، وَبَيْنَ نِصْفِ الْقِيمَةِ وَقْتَ الْعَقْدِ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : وهو اختيار الأكثرين .

قال فى البلغة : ولا أرش على الأصح .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى المستوعب : وحكى شيخنا فى شرحه رواية أخرى : أنه إن اختار أن يأخذ نصفه ناقصاً ، ويرجع عليها بنصف النقصان ، فله ذلك . واختاره القاضى فى التعايق .

وقال فى المحرر : وخرج القاضى رواية بالأرش مع نصفه .

قال الشارح ، قال القاضى : القياس أن له ذلك ، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش . ورده المصنف ، والشارح .

وفى التبصرة رواية ثالثة ـ وقدمها ـ : له نصفه بأرشه بلا تخيير .

تنبيه : محل ذلك ، إذا حدث ذلك عند الزوجة . فأما إن كان بجناية جانٍ ، فالصحيح : أن له ـ مع ذلك ـ نصف الأرش . قاله فى البلغة وغيره . وهو واضح . [وعبارتها ، وأما النقصان : فإن تعيب فى يدها تخير هو . فإن شاء رجع بقيمة النصف سليما . وإن شاء قنع به معيباً ، إلا أن يكون بجيازته جاز . فالصحيح : أن له مع ذلك نصف الأرش] (1) .

---

(1) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

فائدة : قوله « وقت العقد » هذا أحد الأقوال ، وقاله الخرقى .

واعتبر القاضى أخذ القيمة بيوم القبض .

وقال فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما : له نصف قيمته يوم الفرقة على أدنى صفـاته ، من يوم العقد إلى يوم القبض ، إلا المتميز إذا قلنا : إنه يضمنه بالعقد . فتعتبر صفته وقت العقد . كما تقدم فى الزيادة المتصلة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ تَالِفاً ، أَوْ مُسْتَحَقّاً بِدَيْنٍ ، أَوْ شُفْعَةٍ : فَلَهُ نِصْفُ قِيمَتِهِ يَوْمَ الْعَقْدِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مِثْلِيًّا ، فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مِثْلِهِ ﴾ .

إذا فات ماقبضته بتلف ، أو انتقال ، أو غير ذلك . فإن كان مثلياً : فله نصف مثله . وإن كان غير مثلى ، فقدم المصنف : أن له نصف قيمته يوم العقـد . وقاله الخرقى . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما : إن كان متميزاً ــ وقلنا : يضمنه ، وهو المذهب ، كما تقدم ــ اعتبرت صفته وقت العقد . وإن كان غير متميز : فله نصف قيمته يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم العقد إلى يوم القبض . كما تقدم فى نظائره . فإنهم قد قطعوا فى المسائل الثلاث بذلك .

وقال القاضى : له القيمة أقل ما كانت يوم العقد إلى يوم القبض .

قال المصنف ، والشارح : هذا مبنى على أن الصداق لايدخل فى ضمان المرأة إلا بقبضه . وإن كان معيناً كالمبيع فى رواية .

فائدة : لو طلق قبل أخذ الشفيع ، فقيل : يقدم الشفيع . وهو الصحيح . قدمه ابن رزين فى شرحه . لأن حقه أسبق .

وقيل : يقدم الزوج . لأن حقه آكد . لثبوته بنص القرآن والإجماع .

وأطلقهما فى المغنى ، والفروع ، والشرح ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ الصَّـدَاقُ فِى يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ : فَهَلْ تَضْمَنُ نَقْصَهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ﴾ .

فإذا كانت منعته منه بعد طلبه منها حتى نقص ، أو تلف : فعليها الضمان لأنها غاصبة .

و إن تلف ، أو نقص قبل المطالبة ، بعد الطلاق ، فقال المصنف هنا : يحتمل وجهين . وكذا قال فى الهداية .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

أحدهما : تضمنه ، وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والثاني : لا تضمنه . اختاره المصنف ، والشارح ، وقالا : هو قياس المذهب

قال فى الخلاصة : لم تضمن فى الأصح .

وقيل : لا تضمن المتميز . ذكره فى الرعاية .

وقيل : هو كتلفه فى يده قبل طلبها .

فوائد

إحداها : لو زاد الصداق من وجه ، ونقص من وجه ـ كعبد صغير كبر ، ومصوغ كسرته وأعادته على صياغة أخرى ، وحمل الأمة ـ فلكل منهما الخيار . قاله فى البلغة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم ، وقالوا : حمل البهيمة زيادة محضة مالم يفسد اللحم .

والزرع والغرس : نقص للأرض ، والإجارة . والنكاح : نقص .

ولا أثر لمصوغ كسرته وأعادته كما كان ، أو أمة سمنت ثم هزلت ثم سمنت . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفى المغنى ، والشرح : وجهان .

ولا أثر أيضاً لارتفاع سوق ، ولا لنقلها الملك فيه ، ثم طلق وهو بيدها .

ولا يشترط للخيار زيادة القيمة . بل مافيه غرض مقصود . قاله فى البلغة ، والترغيب ، وغيرهما .

قال فى الفروع : وظاهر كلام بعضهم : خلافه .

الثانية : إن كان النخل حائلاً ثم أطلعت : فزيادة متصلة . وكذا ما أُبِّر . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

وقال فى البلغة : زيادة متصلة على المشهور .

وذكر فى الترغيب : وجهين .

الثالثة : لو أصدقها أمة حاملاً ، فولدت : لم يرجع فى نصفه . إن قلنا : لايقابله قسط من الثمن . وإن قلنا يقابله : فهو بعض مهر زاد زيادة لاتتميز . ففى لزومها نصف قيمته ، ولزومه قبول نصف الأرض بنصف زرعها : وجهان .

وأطلقهما فى الفروع فيهما . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وفى البلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، فى الأولى .

واختار القاضى : أنه يلزمه قبول نصف الأرض بنصف زرعها .

والصحيح : أنه لايلزمه .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

الرابعة : مما يمنع الرجوع : البيع ، والهبة المقبوضة ، والعتق . وكذا الرهن ، والكتابة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى البلغة ، والرعاية .

وقيل : يرجع إلى نصف المكاتب إن اختار . ويكون على كتابته .

ولو قال فى الرهن « أنا أصبر إلى فكاكه » فصبر : لم يلزمها دفع العين ، كما لو رجعت بالابتياع بعد الطلاق .

وهل يمنع التدبير الرجوع ؟ على وجهين . وأطلقهما فى البلغة .

وقدم فى الرعاية : أنه لايمنع . وهو المذهب .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . لأنه وصية ، أو تعليق نصفه . وكلاهما لا يمنع الرجوع .

قال فى الفروع : له الرجوع فى المدبر ، إن رجع فيه بقول .

وفى لزوم المرأة رد نصفه قبل تقبيض هبة ، ورهن ، وفى مدة خيار بيع : وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : لا يلزمها ذلك . قدمه ابن رزين فى شرحه .

والثانى : يلزمها .

الخامسة : لو أصدقها صيداً ، ثم طلق وهو محرم . فإن لم يملكه بإرث فى الإحرام : فله هنا نصف قيمته . وإلا فهل يقدم حق الله ، فيرسله ويغرم لها قيمة النصف ، أو يقدم حق الآدمى فيمسكه ، ويبقى ملك المحرم ضرورة ، أم هما سواء فيخيران ؟ فيه الأوجه . وأطلقهن فى الفروع .

فعلى الوجه الثالث : لو أرسله برضاها : غرم لها ، وإلا بقيا مشتركين .

قال فى الترغيب : ينبنى على حكم الصيد المملوك بين مُحِلّ ومحرم .

السادسة : لو أصدقها ثوباً فصبغته ، أو أرضاً فبنتها ، فبذل الزوج قيمة زيادته لتملكه : فله ذلك على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، والخرقى .

وقدمه فى الرعايتين ، وابن رزين فى شرحه .

قال فى الفروع : فله ذلك عند الخرقى ، والشيخ تقى الدين .

وقال القاضى : ليس له إلا القيمة . انتهى .

فلو بذلت المرأة النصف بزيادته : لزم الزوج قبوله .

قال الزركشى ، قلت : ويتخرج عدم اللزوم مما إذا وهب العامر تزويق الدار ونحوها للمغصوب منه . وهو أظهر فى البناء . انتهى .

السابعة : لو فات نصف الصداق مشاعاً : فله النصف الباقي . وكذا لو فات النصف معيناً من المتنصف ، على الصحيح من المذهب . فيأخذ النصف الباقي . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : له نصف البقية ، ونصف قيمة الفائت أو مثله .

الثامنة : إن قبضت المسمى فى الذمة فهو كالمعين ، إلا أنه لا يرجع بنمائه مطلقاً . ويعتبر فى تقويمه صفة يوم قبضه ، وفى وجوب رده بعينه وجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع .

أحدهما : يجب رده بعينه . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين .

والوجه الثانى : لا يجب ذلك .

قوله ﴿ وَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وهو المشهور . وعليه الجمهور .

حتى قال أبو حفص : رجع الإمام أحمد رحمه الله عن القول بأنه الأب .

وصححه المصنف ، وغيره . واختاره الخرقى ، وأبو حفص ، والقاضى ، وأصحابه ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الزركشى : عليه الأصحاب .

وعنه : أنه الأب . قدمه ابن رزين .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وقال : ليس فى كلام الإمام أحمد رحمه الله : أن عفوه صحيح ، لأن بيده عقدة النكاح . بل لأن له أن يأخذ من مالها ماشاء .

وتعليله بالأخذ من مالها ماشاء : يقتضى جواز العفو — بعد الدخول — عن الصداق كله . وكذلك سائر الديون .

وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمستوعب ، والبلغة .

وقيل : سيد الأمة كالأب .

فعلى المذهب : إذا طلق قبل الدخول ، فأيهما عفى لصاحبه عما وجب له من المهر ـ وهو جائز الأمر فى ماله ـ برىء منه صاحبه .

وعلى الثانية : للأب أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة ، إذا طلقت قبل الدخول . كما قاله المصنف هنا .

وكلامه يشمل البكر والثيب الصغيرتين .

وهو الصحيح من المذهب .

وعبارته فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، وإدراك الغاية ، وغيرهم : كعبارة المصنف . وقدمه فى الفروع .

وقال فى المغنى ، والكافى ، والشرح : ليس للأب ذلك إذا كانت بكراً صغيرة .

واشترط فى المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية : البكارة لا غير .

فائدة : المجنونة كالبكر الصغيرة .

تنبيهان

الأول : مفهوم قوله « ابنته الصغيرة » أن الأب ليس له أن يعفو عن مهر ابنته البكر البالغة . وهو صحيح . وهو المذهب .

اختاره أبو الخطاب ، وابن البناء ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمصنف ، والشارح ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

واختار جماعة : أنها كالصغيرة .

وهو ظاهر كلام القاضى . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية .

وهو ظاهر كلامه فى النظم . وأطلقهما فى البلغة .

وقال فى الترغيب ، والبلغة أيضاً : أصل الوجهين : هل ينفك الحجر بالبلوغ أم لا ؟ ولم يقيد فى عيون المسائل بصغر وكبر ، و بكارة وثيو بة .

الثانى : ظاهر قوله « للأب أن يعفو » أن غيره من الأولياء ليس له أن يعفو . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وذكر ابن عقيل رواية فى عفو الولى فى حق الصغيرة .

قلت : إذا رأى الولى المصلحة فى ذلك ، فلا بأس به .

الثالث : ظاهر كلام المصنف وغيره : أن المعفو عنه من الصداق ، سواء كان ديناً أو عيناً . وهو صحيح . وهو المذهب .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى البلغة : قاله جماعة من أصحابنا .

قال الزركشى : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله والجمهور .

وقيل : من شرطه : أن يكون ديناً . قدمه فى البلغة ، والترغيب .

فليس له أن يعفو عن عين .

قال الزركشى : نعم ، يشترط أن لايكون مقبوضاً . وهو مفهوم من كلامهم . لأنه يكون هبة لاعفواً .

الرابع : مفهوم قوله « إِذَ طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ » .

أنها إذا طلقت بعد الدخول ليس للأب العفو . وهو صحيح . وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى البلغة : لا يملكه فى أظهر الوجهين .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : له ذلك ، مالم تلد ، أو يمضى لها سنة فى بيت الزوج .

وهو مبنى أيضاً على أنه : هل ينفك الحجر عنهـا بالبلوغ أم لا ؟ قاله فى الترغيب . وقال فيه ، وفى البلغة : وعلى هذا الوجه : ينبنى ملك الأب لقبض صداق ابنته البالغة الرشيدة .

فائدة : إن كان العفو عن دين : سقط بلفظ « الهبـة » و « التمليك » و « الإسقاط » و « الإبراء » و « العفو » و « الصدقة » و « الترك » ولا يفتقر إلى قبول ، على الصحيح من المذهب . وقيل : يفتقر .

و إن كان العفو عن عين : صح . بلفظ « الهبة » و « التمليك » وغيرهما ، كعفوت على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب القواعد ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح بها . اختاره ابن عقيل .

وأطلقهما فى البلغة ، والرعاية ، وقدم : أنه لا يصح بالإبراء . واقتصر فى الترغيب على « وهبت » و « ملـكت » .

وقال فى القواعد : و إن كان عيناً ـ وقلنا : لم يملـكه الزوج ، و إنما يثبت له حق التمليك ـ فـكذلك .

يعنى : هو كالعفو عنه إذا كان ديناً .

وهل يفتقر إلى قبوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى البلغة ، الرعايتين .

قال فى القواعد : قال القاضى ، وابن عقيل : يشترط هنا الإيجاب والقبول ، والقبض .

والصحيح : أن القبض لا يشترط فى الفسوخ ، كالإقالة ونحوه . صرح به القاضى فى خلافه .

وقد تقدم ذلك فى أول كتاب الهبة فى العين ، و بعده بيسير فى الدين ، فى إبراء الغريم ، وسواء فى ذلك عفو الزوج والزوجة .

قوله ﴿ وَإِذَا أَبْرَأَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا مِنْ صَدَاقِهَا، أَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ . ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ : رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِهِ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .
وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : لا يرجع بشىء . لأن عقد الهبة لا يقتضى ضمانا .

وعنه : لا يرجع مع الهبة . و يرجع مع الإبراء .

قال فى المحرر ، والرعايتين : وهو الأصح .

قال فى القواعد الفقهية : هل يرجع عليها ببدل نصفها ؟ على روايتين .

فإن قلنا : يرجع ، فهل يرجع إذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه ؟ على وجهين أصحهما : لا يرجع . لأن ملكه لم يزل عنه . انتهى .

قال فى تجريد العناية : فلو وهبته بعد قبضه ، ثم طلق قبل مس: رجع بنصفه . لا إن أبرأته ، على الأظهر فيهما . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال المصنف ، والشارح : فإن كان الصداق ديناً ، فأبرأته منه . فإن قلنا : لا يرجع فى المعين ، فهنا أولى .

و إن قلنا يرجع هناك : خرج هنا وجهان ، الرجوع وعدمه . وكذا قال فى البلغة .

وقال فيها ، وفى الترغيب : أصل الخلاف فى الإبراء : هل زكاته — إذا مضى عليه أحوال وهو دين — على الزوجة ، أو على الزوج ؟ فيه روايتان .

قال فى الفروع : وكلامه فى المغنى : على أنه إسقاط ، أو تمليك .

فوائد

إحداها : لو وهبته ، [أو أبرته من نصفه ، أو] بعضه [فيهما] ثم تنصف : رجع بالباقى ، على الرواية الأولى . و بنصفه [أو بباقيه] [1] ، على الرواية الأخرى .

---

(١) مابين المربعات زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قال فى الرعايتين : وهى أصح .

وقيل : له نصف الباقى ، وربع بدل الكل ، أو نصف بدل الكل فقط .

وقيل : يرجع فى الإبراء من المعين ، دون الدين . ذكرهما فى الرعاية .

قال فى الفروع : وإن وهبته بعضه ، ثم تنصف : رجع بنصف غير الموهوب . ونصف الموهوب استقر ملكا له ، فلا يرجع به . ونصفه الذى لم يستقر : يرجع به ، على الأولى ، لا الثانية .

وفى المنتخب : عليها احتمال .

الثانية : لو وهب الثمن لمشتر ، فظهر المشترى على عيب . فهل بعد الرد لها الأرش ، أم ترده وله ثمنه ؟

وقال فى الترغيب : القيمة فيه الخلاف ، قاله فى الفروع .

وقال فى القواعد : فيه طريقان .

أحدهما : تخريجه على الخلاف فى رده .

والأخرى : تمتنع المطالبة هنا وجهاً واحداً . وهو اختيار ابن عقيل .

قلت : الصحيح من المذهب : أن له الأرش ، على ماتقدم فى خيار العيب . وقدمه فى الفروع هناك فى هذه المسألة .

الثالثة : لو قضى المهرَ أجنبى متبرعاً ، ثم سقط أو تنصف : فالراجع للزوج . على الصحيح من المذهب .

اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى النظم . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : الراجع للأجنبى المتبرع .

ومثله : خلافا ومذهباً [حكما لاصورة] لو باع عيناً ، ثم وهب ثمنها للمشترى ، أو أبرأه منه ، ثم بان بها عيب يوجب الرد .

[ومثله أيضاً فيهما : لو تبرع أجنبى عن المشترى بالثمن ، ثم فسخ بعيب ، خلافا ومذهباً](١) .

قال فى الفروع : ومثله أداء ثمن ، ثم يفسخ بعيب . انتهى .

وكذا لو أبرأه من بعض الثمن .

واختار القاضى فى خلافه : عدم الرجوع عليه مما أبرأه منه .

وكذا الحكم : لو كاتب عبده ، ثم أبرأه من دين الكتابة ، وعتق . فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الإيتاء الواجب ، أم لا ؟ قدمه فى الفروع .

وضعف المصنف ذلك ، وقال : لا يرجع به المكاتب .

ذكر هذا وغيره فى القاعدة السابعة والستين .

قوله ﴿ وَإِنِ ارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ : فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِجَمِيعِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

يعنى : إذا أبرأته ، أو وهبته ، ثم ارتدت . وأطلقهما فى الشرح .

إحداهما : يرجع بجميعه . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، والنظم . وظاهر كلام ابن منجا : أن هذا المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين .

والثانية : لا يرجع إلا بنصفه .

وعنه : يرجع بجميعه مع الهبة ، و بنصفه مع الإبراء .

قال فى تجريد العناية : على الأظهر .

قال فى الرعايتين : وهو أصح .

قوله ﴿ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ ﴾ قبل ﴿ الزَّوْجِ ـ كَطَلَاقِهِ وَخُلْعِهِ ،

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وَإِسْلَامِهِ وَرِدَّتِهِ ـ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ـ كَالرَّضَاعِ وَنَحْوِهِ ـ قَبْلَ الدُّخُولِ : يَتَنَصَّفُ بِهَا الْمَهْرُ بَيْنَهُمَا ﴾

وكذا تعليق طلاقها على فعلها ، وتوكيلها فيه ، ففعلته فيهما . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو علق طلاقها على صفة ـ وكانت الصفة من فعلها الذى لها منه بدٌّ ، وفعلته ـ : فلا مهر لها .

وقواه صاحب القواعد .

أما إذا خالعها : فجزم المصنف بأنه يتنصف به . لأنه من قبله . وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر ماجزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

وجزم به فى الكافى ، والوجيز . وقدمه فى المستوعب .

قال فى القواعد : المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن لها نصف الصداق . وهو قول القاضى وأصحابه .

والوجه الثانى : يسقط الجميع . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقيل : يتنصف المهر إن كان الخلع مع غير الزوجة .

تنبيه : محل الخلاف : إذا قيل « هو فسخ » على الصحيح من المذهب .

وقيل : أو طلاق أيضاً . ذكره فى الرعاية .

قال فى القواعد ـ بعد حكايته القول الثانى فى أصل المسألة ـ : ومن الأصحاب من خرجه على أنه « فسخ » فيكون كسائر الفسوخ من الزوج .

ومنهم : من جعله مما يشترك فيه الزوجان . لأنه إنما يكون بسؤال المرأة . فتكون الفرقة فيه من قبلها .

وكذلك يسقط أرشها فى الخلع فى المرض . وهذا على قولنا « لايصح مع الأجنبى » أظهر .

أما إن وقع مع الأجنبي ، وصححناه : فينبغي أن يتنصف ، وجهاً واحداً . انتهى .

وأما إذا أسلم ، أو ارتد قبل الدخول : فتقدم ذلك محرراً في « باب نكاح الكفار » .

وأما إذا جاءت الفرقة من الأجنبي – كالرضاع ، ونحوه – : فإنه يتنصف المهر بينهما . ويرجع الزوج على من فعل ذلك .

ويأتي ذلك في كلام المصنف في كتاب الرضاع ، حيث قال « وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول . فإن الزوج يرجع عليها بنصف مهرها الذي يلزمه لها » .

فائدة : لو أقر الزوج بنسب أو رضاع ، أو غير ذلك من المفسدات : قبل منه في انفساخ النكاح ، دون سقوط النصف .

ولو وطىء أم زوجته ، أو ابنتها بشبهة ، أو زنا : انفسخ النكاح . ولها نصف الصداق . نص عليه في رواية ابن هانىء .

قوله ﴿ وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا – كَإِسْلَامِهَا وَرِدَّتِهَا وَإِرْضَاعِهَا مَنْ يَنْفَسِخُ بِهِ نِكَاحُهَا ﴾ وارتضاعها منه بنفسها ﴿ وَفَسْخِهَا لِعَيْبِهِ وَإِعْسَارِهِ ، وَفَسْخُهُ لِعَيْبِهَا : يَسْقُطُ بِهِ مَهْرُهَا وَمُتْعَتُهَا ﴾ .

أما إذا أسلمت ، أو ارتدت قبل الدخول : فتقدم ذلك أيضاً في أول « باب نكاح الكفار » مستوفى ، فليعاود .

وأما إذا جاءت الفرقة من قبلها – برضاعها ، أو ارتضاعها ممن ينفسخ به نكاحها – فيأتي ذلك أيضاً في كتاب الرضاع . حيث قال « فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى ، فانفسخ نكاحهما . فعليه نصف مهر الصغرى ، يرجع به على الكبرى ، ولا مهر للكبرى » .

وأما فسخها لعيبه ، وفسخه لعيبها : فإن ذلك يسقط مهرها بلا خلاف فى المذهب ، إلا توجيه لصاحب الفروع . يأتى فى الفائدة الآتية .

قال المصنف ، والشارح : فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيبه كأنه منه ، لحصوله بتدليسه ؟

قلنا : العوض من الزوج فى مقابلة منافعها . فإذا اختارت فسخ العقد ، مع سلامة ماعقد عليه ـ وهو نفع بضعها ـ رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج . و إنما يثبت لها لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه فى مقابلته عوضاً . فافترقا .

وقال فى القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة : هذا الفرق يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه فى النكاح . وفيه خلاف .

والأظهر فى الفرق أن يقال : الفسوخ الشرعية التى يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لإزالة ضرر حاصل .

فإذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين إلى مابذله سليما ، كما خرج منه . فلا حق له فى غيره ، بخلاف الطلاق ، وما فى معناه ـ كالخلع ونحوهما ـ لا كالانفساخات القهرية بأسبابها ـ كالرضاع ، واللعان ، والردة ، والإسلام ، والرق ، والحرية ، ونحوها ـ بشروطها ، وكثبوت القرابة ونحوها من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر . فإنه يحصل للمرأة به انكسار وضرر . فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر ، و بالمتعة عند فقد التسمية . انتهى .

فائدة : لو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد ، فلم يف به . وفسخت : سقط به مهرها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعاية ، والفروع .

قال فى القاعدة السادسة والخمسين بعد المائة : وهو قول القاضى والأكثرين وعنه : يتنصف بفسخها قبل الدخول . اختاره أبو بكر فى التنبيه .

قال فى الفروع : فتتوجه هذه الرواية فى فسخها لعيبه .

ولو فسخت بعد الدخول فلها المتعة إن لم يسم لها مهراً .

وأما فسخها لإعساره بالمهر ، أو بالنفقة وغير ذلك : فهو من جهتها . فلا تستحق شيئاً بلا نزاع أعلمه .

قوله ﴿ وَفُرْقَةُ اللِّعَانِ تُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وتجريد العناية ، والفروع .

إحداهما : يسقط بها المهر . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الرعايتين ، وشرح ابن رزين ، والحاوى الصغير ، واختاره أبو بكر .

والرواية الثانية : يتنصف بها المهر .

وخرج القاضى : إن لاعنها فى مرضه : تكون الفرقة منه ، لامنها .

قوله ﴿ وَفِى فُرْقَةِ بَيْعِ الزَّوْجَةِ مِنَ الزَّوْجِ ، وَشِرَائِهَا لَهُ : وَجْهَانِ ﴾

وهما روايتان فى الثانية .

وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

إحداهما : يتنصف بها المهر . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز .

قال فى القواعد : هذا أشهر الوجهين . وهو اختيار أبى بكر ، والقاضى ، وأصحابه . فيما إذا اشترت الزوج .

والثانى : يسقط بها كله . واختاره أبو بكر ، فيما إذا اشتراها الزوج .

وقيل : محل الخلاف : إذا اشتراها من مستحق مهرها . وهى طريقته فى المحرر

وقال أبو بكر : إن اشتراها سقط المهر ، وإن اشترته هى تنصف .

واختار فى الرعاية : إن طلب الزوج شراء زوجته فلها المتعة ، وإن طلبه سيدها فلا .

فائدة : لو جعل لها الخيار بسؤالها . فاختارت نفسها . فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا مهر لها . قاله فى القواعد .

وقيل : يتنصف . وأطلقهما فى الفروع .

وإن جعل لها الخيار من غير سؤال منها ، فاختارت نفسها : لم يسقط مهرها . جزم به فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَلَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا لاَسْتَقَرَّ مَهْرُهَا كَامِلاً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : لا يجب سوى النصف .

وقال فى الوجيز : يتقرر المهر إن قتل نفسه ، أو قتله غيرهما .

قال فى الفروع : فظاهره لا يتقرر إن قتل أحدهما الآخر . قال : وهو متوجه إن قتلته هى .

فوائد جمة

اعلم أن المهر يتقرر كاملاً ــ سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ــ بأشياء ، ذكر المصنف بعضها . فذكر الموت . وهو بلا خلاف .

قال فى الفروع : ويتقرر المسمى لحرة أو أمة بموت أحدهما . انتهى .

وذكر القتل . وتقدم الخلاف فيه .

ومما يقرر المهر كاملا : وطؤه فى فرج حية لاميتة . ذكره أبو المعالى وغيره .
ولو بوطئها فى الدبر . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يقرره الوطء فى الدبر .

ومنها : الخلوة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من المفردات . قال فى الفروع : وعنه أو لا . اختاره فى عمد الأدلة بزيادة « أو » قبل « لا » .

والذى يظهر : أنها سهو .

وقال فى القاعدة الخامسة والخمسين بعد المائة : من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها ، بدون الوطء .

وأنكر الأكثرون هذه الرواية . وحملوها على وجه آخر — وذكره .

فعلى المذهب : يتقرر كاملا ، إن لم تمنعه ، بشرط أن يعلم بها . على الصحيح من المذهب .

وعنه : يتقرر ، وإن لم يعلم بها .

ويشترط فى الخلوة : أن لا يكون عندهما مميز مطلقاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : مميز مسلم . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

ويشترط أيضاً : أن يكون الزوج ممن يطأ مثله .

ولا تقبل دعواه عدم علمه بها .

والصحيح من المذهب : ولو كان أعمى . نص عليه . لأن العادة أنه لا يخفى عليه ذلك .

وقيل : تقبل دعواه عدم علمه إذا كان أعمى .

وقال فى المذهب : إن صدقته لم تثبت الخلوة . وإن كذبته : فهى خلوة .

فعلى المنصوص : قدم الأصحاب — هنا — العادة على الأصل .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فكذا دعوى إنفاقه . فإن العادة هناك أقوى . انتهى .

والنائم فى الخلوة كالأعمى .

ويقبل قول مدعى الوطء . يعنى فى الخلوة . على الصحيح من المذهب .

[وإلا فسيأتى : أن القول قول الزوج ، فيما إذا اختلفا فيما يستقر فيه المهر من جملة الوطء بلا خلوة . على الصحيح من المذهب] .

وفى الواضح : يقبل قول منكرة ، كعدمها . قاله ابن عقيل ، وجماعة .

فلا يرجع هو بمهر لايدعيه ، ولا لها مالا تدعيه .

[وسيأتى : أن القول قوله هو دونها ، فيما إذا اختلفا فيما يستقر به المهر . ومنه الوطء ، ونحوه بلا خلوة] [1] .

قال فى الانتصار : والتسليم بالتسلم . ولهذا لو دخلت البيت ، فخرج : لم تكمل . قاله قبيل المسألة .

وفى الانتصار أيضاً : يستقر به وإن لم يتسلم ، كبيع وإجارة .

وفى العدة ، والرجعة ، وتحريم الربيبة بالخلوة : الخلاف . قاله فى الفروع .

ويأتى فى أول باب العدد : حكم الخلوة من جهة العدة .

وتقدم أحكام الربيبة إذا خلا بأمها فى « المحرمات فى النكاح » .

وقطع المصنف ، والشارح ، وغيرهما : بثبوت الرجعة له عليها إذا خلا بها فى عدتها .

قال فى المستوعب : الخلوة تقوم مقام الدخول فى أربعة أشياء : تكميل الصداق ، ووجوب العدة ، وملك الرجعة إذا طلقها دون الثلاث ، وثبوت الرجعة إن كانت مطلقة بعد الدخول .

وقيل : هذه الخلوة دون الثلاث . انتهى .

---

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

ولا يتعلق بالخلوة بقية حكم الوطء . على الصحيح من المذهب .

وقيل : كمدخول بها . إلا فى حلها لمطلقها ، وإحصان . قاله فى الفروع .

ونقل أبو الحارث وغيره : هى كمدخول بها . ويجلدان إذا زنيا . انتهى .

وأما لحوق النسب : فقال ابن أبى موسى : روى عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى صائم خلا بزوجته ، وهى نصرانية . ثم طلقها قبل المسيس ، وأتت بولد يمكن ـ روايتان .

إحداهما : يلزمه . لثبوت الفراش . وهى أصح .

والأخرى : قال : لا يلزمه الولد إلا بالوطء . انتهى .

ولو اتفقا على أنه لم يطأ فى الخلوة : لزم المهر والعدة . نص عليه . لأن كلا منهما مقر بما يلزمه .

وذكر ابن عقيل وغيره ـ فى تنصيف المهر هنا : روايتين .

إذا علم ذلك ، فالخلوة مقررة للمهر لمظنة الوطء .

ومن الأصحاب من قال : إنما قررت المهر لحصول التمكين بها . وهى طريقة القاضى .

وردها ابن عقيل ، وقال : إنما قررت لأحد أمرين : إما لإجماع الصحابة . وهو حجة . وإما لأن طلاقها بعد الخلوة بها ، وردها ـ زهداً منه فيها ـ : فيه ابتذال لها وكسر . فوجب جبره بالمهر .

وقيل : بل المقرر هو استباحة ما لا يباح إلا بالنكاح من المرأة . فدخل فى ذلك الخلوة واللمس بمجردهما .

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب . ذكره فى القواعد .

فلو خلا بها ، ولكن بهما مانع شرعى ـ كإحرام وحيض ، وصوم ـ أو حسى ـ كجَبّ ، ورتق ، ونضاوة[1] ـ تقرر المهر ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

---

(١) أى هزال وضعف من المرض الشديد .

قال الزركشي : وهو المختار للأصحاب .

وقال : اتفقوا — فيما علمت — أن هذا هو المذهب . انتهى .

وهو من مفردات المذهب . وقدمه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وعنه : لا يقرره .

وأطلقهما في المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يقرره ، إن كان المانع به ، و إلا فلا . وهو قول في الرعاية .

قال في المستوعب : إن خلا بها وهو مدنف ، أو صائم ، أو محرم ، أو مجبوب : استقر الصداق . رواية واحدة . و إن خلا بها وهى محرمة ، أو صائمة ، أو رتقاء ، أو حائض : كمل الصداق في أشهر الروايتين .

وقال في الرعاية : وعنه يكمل ، مع ما لا يمنع دواعى الوطء . بخلاف صوم رمضان والحيض ، والإحرام بنسك ونحوها .

قال القاضي : إن كان المانع لا يمنع دواعى الوطء — كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس — وجب الصداق . و إن كان يمنع دواعيه — كالإحرام وصيام الفرض — فعلى روايتين .

قال المصنف ، والشارح : وعنه رواية ، إن كانا صائمين صوم رمضان : لم يكمل الصداق . و إن كان غيره : كمل . انتهى .

وقيل : إن خلا بها — وهو مرتد أو صائم أو محرم أو مجبوب — : استقر الصداق . و إن كانت صائمة أو محرمة أو رتقاء أو حائضاً : كمل الصداق على الأصح وتقدم كلامه في المستوعب .

تنبيه : قال الزركشي ، وغيره — بعد أن ذكر الروايتين — : اختلفت طرق الأصحاب في هذه المسألة . فقال أبو الخطاب في خلافه ، والمجد ، والقاضي في الجامع فيما نقله عنه في القواعد : محل الروايتين في المانع ، سواء كان من جهته أو من

جهتها، شرعياً كان — كالصوم والإحرام والحيض — أو حسياً — كالجب والرتق ونحوهما.

وقال القاضي — في الجامع، والشريف في خلافه — محلهما: إن كان المانع من جهتها. أما إن كان من جهته: فإن الصداق يتقرر بلا خلاف.

ونسب هذه الطريقة في القواعد إلى القاضي في خلافه.

وقال القاضي في المجرد — فيما أظن — وابن البناء: محلهما إذا امتنع الوطء ودواعيه، كالإحرام والصيام.

فأما إن كان لايمنع الدواعي — كالحيض والجب والرتق — فيستقر رواية واحدة.

ونسب هذه الطريقة في القواعد إلى القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول.

وقال القاضي في الروايتين: محلهما في المانع الشرعي. أما المانع الحسي: فيتقرر معه الصداق. وهي قريبة من التي قبلها.

ويقرب منها طريقة المصنف في المغني: أن المسألة على ثلاث روايات.

الثالثة: إن كان المانع متأكداً — كالإحرام والصيام — لم يكمل، وإلا كمل. انتهى.

وهذه الرواية الثالثة لم يصرح الإمام أحمد رحمه الله فيها بالإحرام. وإنما قاسه المصنف على الصوم الذي صرح به الإمام أحمد.

ومما يقرر المهر أيضاً: اللمس والنظر إلى فرجها ونحوه لشهوة. حتى تقبيلها بحضرة الناس. نص عليه. وهي من المفردات. وقدمه في الفروع.

وخرجه ابن عقيل على المصاهرة. وقاله القاضي مع الخلوة، وقال: إن كان ذلك عادته: تقرر، وإلا فلا. هكذا نقله في الفروع.

قلت: قال ابن عقيل في التذكرة: إن كان ممن يقبل أو يعانق بحضرة الناس عادة: كانت خلوة منه، وإلا فلا.

ونقله عنه في المستوعب، والبلغة، والقواعد.

فلعل قول صاحب الفروع « وقال : إن كان ذلك عادته : تقرر » عائد إلى ابن عقيل ، لا إلى القاضى . أو يكون ابن عقيل وافق القاضى . ويكون لابن عقيل فيها قولان .

قال فى القواعد : والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية مهنا ـ أنه إذا تعمد النظر إليها ، وهى عريانة تغتسل : وجب لها المهر .

ولا يقرره النظر إليها ، على الصحيح من المذهب .

وعنه : بلى [إذا كانت غير عريانة . فأما إن كانت عريانة ، وتعمد النظر إليها ـ فالمنصوص : أنه يجب لها المهر][1]

قال فى الرعاية : ويقرره النظر إليها عريانة .

وقطع ناظم المفردات : أن النظر إلى فرجها يقرر المهر .

قال فى القواعد : أما مقدمات الجماع ـ كاللمس لشهوة ، والنظر إلى الفرج ، أو إلى جسدها وهى عريانة ـ فمن الأصحاب من ألحقه بالوطء . وهو المذهب .

ومنهم : من خرجه على وجهين ، أو روايتين ، من الخلاف فى تحريم المصاهرة به [ولم يقيده فيهما بالشهوة . لأن قصد النظر إلى الفرج ، أو إلى جسدها وهى عريانة : لا يكون إلا لشهوة ، بخلاف اللمس . إذ الغالب فيه عدم اقترانه بالشهوة . فلذلك قيده فيه بها][1] انتهى .

فإن تحملت بماء الزوج . ففى تقرير الصداق به وجهان . وأطلقهما فى الفروع . وقال : ويلحقه نسبه .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : أنه لا يقرره .

وقال فى الرعاية : ولو استدخلت منىَّ زوج أو أجنبى بشهوة : ثبت النسب ، والعدة ، والمصاهرة . ولا تثبت رجعة ، ولا مهر المثل . ولا يقرر المسمى . انتهى .

---

(١) مابين المربعين زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الصَّدَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ، مَعَ يَمِينِهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية .

وعنه : القولُ قولُ من يدَّعِىَ مهر المِثْلِ منهما .

جزم به الخرق ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزجى ، وناظم المفردات . ونصره القاضى ، وأصحابه . منهم الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب . وابن عقيل ، والشيرازى ، وغيرهم .

قال الزركشى : اختاره عامة الأصحاب .

قال فى الفروع : نصره القاضى ، وأصحابه .

وهو من مفردات المذهب بلا خلاف بينهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وعنه : يتحالفان . حكاها الشيرازى فى المبهج .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتخرج لنا قول كقول مالك رحمه الله : إن كان الاختلاف قبل الدخول : تحالفا . وإن كان بعده : فالقول قول الزوج .

فعلى الرواية الثانية ــ وَهُوَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِيَ مهرَ المِثْلِ منهما ــ لو ادَّعى أَقَلَّ مِنْهُ ، وَادَّعَتْ أَكْثَرَ مِنْهُ : رُدَّتْ إِلَيْهِ بِلاَ يَمِينٍ عند القاضى ، فِي الأَحْوَالِ كُلِّهَا .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة .

وقيل : يجب اليمين فى الأحوال كلها .

اختاره أبو الخطاب فى الهداية . وقطع به ـ هو والشريف أبو جعفر ـ فى خلافيهما . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : إذا ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت أكثر منه : رد إلى مهر المثل . ولم يذكر الأصحاب يميناً . والأولى أن يتحالفا . فإن مايقوله كل واحد منهما محتمل للصحة . فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه ، كالمنكر فى سائر الدعاوى . ولأنهما تساويا فى عدم الظهور . فشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . انتهيا .

وقال فى المحرر ، وعنه : يؤخذ بقول مدعى مهر المثل . ولم يذكر اليمين . فيخرج وجوبها على وجهين .

وقال فى الهداية : وعنه القول قول من يدعى مهر المثل . فإن ادعى هو دونه ، وادعت هى زيادة : رد إليه . ولا يجب يمين فى الأحوال كلها ، على قول شيخنا . وعندى : أنه يجب فيها كلها يمين لإسقاط الدعاوى .

وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله : ما يدل على الوجهين . انتهى .

وتبعه فى المستوعب ، وغيره .

وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع وغيرهم .

لكن صاحب الفروع حكى الخلاف فيما إذا ادعى مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان ، تبعاً لصاحب المحرر ، ولم يذكرا يميناً فى غيرها .

وصاحب الرعايتين والحاوى ، قد حكيا الخلاف كذلك ، وأطلقاه أيضاً . وحكياه وجهين ، فيما إذا ادعى هو نقصاً وادعت هى زيادة . وقدما عدم اليمين .

وأبو الخطاب ومن تبعه ـ كالسامرى ، والمصنف هنا ـ أجروا الخلاف فى جميع الصور . وحكوه أيضاً عن القاضى أبى يعلى الكبير .

والظاهر : أن المصنف ، والمجد ، والشارح ــ حالة التصنيف ــ : لم يطلعا على الخلاف ، أو ما استحضراه .

[لكن المجد لم يصرح فى كلامه فى حكم اليمين نفياً ولا إثباتا فى المسألة المذكورة .

نعم حيث رد إلى مهر المثل ، فإنه يكون كالمسألة قبلها على الخلاف .

وأيضاً فإنه لم ينف ذكر اليمين إلا عن الرواية . ولم يتعرض لثبوته فى كلام الأصحاب ولا لنفيه ، وكيف ينفيه عنهم ؟ وهو ثابت فى المقنع ، وقبله فى الهداية ، والمذهب .

ويمكن أن يقال : إنما جزم الشيخ فى المقنع بوجوب اليمين فى الأحوال أو بعدمه فيها : اختياراً منه لإطلاق الحالة الأخيرة بالأحوال الأولة . وهى مايؤخذ من قوله « مدعى مهر المثل فى وجوب اليمين ، أو عدمه » وأن ذلك هو ظاهر كلامهم .

والذى ذكره فى المغنى من « أن الأصحاب لم يذكروا يميناً » لا ينافى صنيعه فى المقنع حينئذ . فإن ذلك مختص بالحال الأخير فقط][1] .

فائدة : وكذا الحكم لو اختلف ورثتهما فى قدر الصداق . قاله فى المستوعب والوجيز ، والفروع ، وغيرهم .

وكذا لو اختلف الزوج وولى الزوجة الصغيرة فى قدره . قاله القاضى وغيره . واقتصر عليه فى المستوعب ، وغيره .

ويحلف الولى على فعل نفسه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : تَزَوَّجْتُكِ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ ، فَقَالَتْ : بَلْ عَلَى هَذِهِ الْأَمَةِ : خُرِّجَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : اللتين فيما إذا اختلفا فى قدر الصداق .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وكذا قال أبو الخطاب وغيره من الأصحاب .

وكذا الحكم لو اختلفا فى جنسه أوصفته ، عند الأكثرين .

لكن على رواية من يدعى مهر المثل : لو كانت الأمة تساوى مهر المثل : لم تدفع إليها ، بل يدفع إليها القيمة ، لئلا يملكها مايتكره . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال فى المحرر ، وغيره ـ بعد ذكر الروايتين ـ لكن الواجب القيمة ، لاشىء من المعينين .

وقيل : إن كان معين المرأة أعلى قيمة ـ وهو كمهر المثل أو أقل ، وأخذنا بقولها ـ : أعطيته بعينه . وكذا قال فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف فى فتاويه : إن عينت المرأة أمها ، وعين الزوج أباها : فينبغى أن يعتق أبوها . لأنه مقر بملكها له و إعتاقه عليها . ثم يتحالفان . ولها الأقل من قيمة أمها ، أو مهر مثلها . انتهى .

وفى الواضح : يتحالفان ، كبيع . ولها الأقل مما ادعته أو مهر مثلها .

وفى الترغيب : يقبل قول مدعى جنس مهر المثل فى أشهر الروايتين .

والثانية : قيمة مايدعيه هو .

وقدم فى البلغة ، والرعاية ماقال فى الترغيب : إنه أشهر الروايتين .

فائدة ، لو ادعت تسمية الصداق وأنكر : كان القول قولها فى تسمية مهر المثل ، فى إحدى الروايتين . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : القول قوله ، ولها مهر مثلها .

وأطلقهما فى البلغة ، والمحرر ، والفروع .

فعلى الأول : يتنصف المهر إذا طلق قبل الدخول .

وعلى الثانية : فى تنصفه ـ أو المتعة فقط ـ الخلاف الآتى .

قوله ﴿ وَإنِ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْمَهْرِ . فالقولُ قولها ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وذكر فى الواضح رواية : أن القول قوله ، بناء على ما إذا قال « كان له علىَّ كذا وقضيته » على ما يأتى فى كلام الخرقى فى « باب طريق الحاكم وصفته » .

قوله ﴿ وإنِ اخْتَلَفَا فِيمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمَهْرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإنْ تزَوَّجَهَا عَلَى صَدَاقَيْنِ : سِرٍّ وَعَلانِيَةٍ ، أُخِذَ بِالْعَلَانِيَةِ ، وَإنْ كَانَ قَدْ انْعَقَدَ بِالسِّرِّ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِي ﴾ .

وذكره فى الترغيب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وهو منصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . لأنه قد أقرَّ به .

نقل أبو الحارث : يؤخذ بالعلانية .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المذهب ، والبلغة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم . قاله فى الخلاصة .

فإن رضيت المرأة بمهر السر ، وإلا لزمه العلانية .

وقال القاضى : وإن تصادقا على السر لم يكن لها غيره .

وحمل كلام الإمام أحمد ، والخرقى : على أن المرأة لم تقر بنكاح السر .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

فائدة : ذكر الحلوانى : أن البيع مثل النكاح فى ذلك .

وتقدم ذلك فى كتاب البيع بأتم من هذا .

تنبيه : قال المصنف فى المغنى ، ومن تابعه من الشارح ، وغيره : وجه قول

الخرقى : أنه إذا عقد فى الظاهر عقداً ـ بعد عقد السر ـ فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر . فيجب ذلك عليه ، كما لو زادها على صداقها .

قالوا : ومقتضى ماذكرناه من التعليل لكلام الخرقى : أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية : وجب مهر السر . لأنه وجب عليه بعقده . ولم تسقطه العلانية . فبقى وجوبه . انتهوا .

قال الزركشى : قد حملنا كلام الخرقى على ما إذا كان مهر العلانية أزيد . وهو متأخر . بناء على الغالب . انتهى .

قلت : بل هذا هو الواقع . ولا يتأتى فى العادة غيره .

وقال فى المحرر : وإذا كرر العقد بمهرين ـ سراً ، وعلانية ـ : أخذ بالمهر الزائد ، وهو العلانية . وإن انعقد بغيره . نص عليه . وقاله الخرقى .

قال شارحه : فقوله « أخذ بالمهر الزائد وهو العلانية » أخرجه مخرج الغالب . انتهى .

وأما صاحب الفروع : فجعل قول الخرقى ومن تابعه قولا غير القول بالأخذ بالزائد .

فقال : ومن تزوج سراً بمهر ، وعلانية بغيره : أخذ بأزيدهما .

وقيل : بأولهما .

وفى الخرقى وغيره : يؤخذ بالعلانية .

وذكره فى الترغيب نص الإمام أحمد مطلقا . انتهى .

قلت : أما على تقدير وقوع أن مهر السر أكثر : فلا نعلم أحداً صرح بأنها لا تستحق الزائد . وإن كان أنقص : فيأتى كلام الخرقى والقاضى .

فوائد

الأولى : لو اتفقا قبل العقد على مهر ، وعقداه بأكثر منه تجملا ـ مثل أن

يتفقا على أن المهر ألف ، و يعقداه على ألفين ـ فالصحيح من المذهب : أن الألفين هى المهر .

جزم به المصنف ، والمجد ، والشارح ، وصاحب البلغة ، والرعاية ، والنظم ، والحاوى ، وغيرهم . وقاله القاضى ، وغيره .

وقيل : المهر ما اتفقا عليه أولا .

فعلى المذهب : قال الإمام أحمد رحمه الله : تفى بما وعدت به وشرطته ، من أنها لا تأخذ إلا مهر السر .

قال القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم : هذا على سبيل الاستحباب .

وقال أبو حفص البرمكى : يجب عليها الوفاء بذلك .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لو وقع مثل ذلك فى البيع ، فهل يؤخذ بما اتفقا عليه ، أو بما وقع عليه العقد ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الرعاية ، والفروع .

أحدهما : يؤخذ بما اتفقا عليه . قطع به ناظم المفردات . وحكاه أبو الخطاب ، وأبو الحسين عن القاضى . وهو من المفردات .

والثانى : يؤخذ بما وقع عليه العقد . قطع به القاضى فى الجامع الصغير .

وتقدم التنبيه على ذلك فى كتاب البيع بعد قوله « فإن كان أحدهما مكرهاً »

الثالثة : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ بقوله « و إن تزوجها على صداقين : سر وعلانية ، أخذ بالعلانية » أن الزيادة فى الصداق بعد العقد : تلحق به . ويبقى حكمها حكم الأصل فيما يقرره و ينصفه . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تلحق به . و إنما هى هبة تفتقر إلى شروط الهبة . فإن طلقها بعد هبتها : لم يرجع بشىء من الزيادة .

وخرج على المذهب : سقوطه بما ينصفه ، من وجوب المتعة لمفوضة مطلقة قبل الدخول بعد فرضه .

فعلى المذهب : يملك الزيادة من حينها . نقله مهنا فى أمة عتقت ، فزيد مهرها وجعلها القاضى لمن أصل الزيادة له .

[قال فى المحرر : وإذا ألحق بالمهر بعد العقد زيادة : ألحقت به ولزمته . وكانت كأصل فيما يقرره وينصفه . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

ويتخرج : أن تسقط هى بما ينصفه ، ونحوه . انتهى بما معه][1] .

الرابعة : هدية الزوجة ليست من المهر ، نص عليه . فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجوه ، فزوجوا غيره : رجع بها . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : وهذا مما لاشك فيه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً : ماقبض بسبب النكاح فكمهر .

وقال أيضاً : ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها .

وقال فى القاعدة الخمسين بعد المائة : حكى الأثرم عن الإمام أحمد رحمه الله — فى المولى يتزوج العربية — يفرق بينهما . فإن كان دفع إليها بعض المهر ، ولم يدخل بها : يردوه . وإن كان أهدى هدية : يردونها عليه .

قال القاضى فى الجامع : لأن فى هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد . فإذا زال : ملك الرجوع ، كالهبة بشرط الثواب . انتهى .

وهذا فى الفرقة القهرية — لفقد الكفاءة ونحوها — ظاهر .

وكذا الفرقة الاختيارية المسقطة للمهر .

فأما الفسخ المقرر للمهر ، أو لنصفه : فتثبت معه الهدية .

وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد — كأجرة الدلال ، والخاطب ، ونحوهما — ففى النظريات لابن عقيل : إن فسخ البيع بإقالة ، ونحوها : لم يقف على التراضى . فلا ترد الأجرة . وإن فسخ بخيار ، أو عيب : ردت . لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقياسه فى النكاح : أنه إن فسخ لفقد الكفاءة ، أو لعيبه : ردت . وإن فسخ لردة ، أو رضاع ، أو مخالعة : لم ترد . انتهى . نقله صاحب القواعد .

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَالتَّفْوِيضُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : تَفْوِيضُ الْبُضْعِ ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَ الْأَبُ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ ﴾ .

مراده : إذا كانت مجبرة . وكذلك الثيب الصغيرة ، إذا قلنا : يجبرها .

وأما إذا قلنا : لا يجبرها . فلابد من الإذن فى تزويجها بغير مهر ، حتى يكون تفويض بضع .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْعَقْدِ ، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بِفَرْضِهِ ﴾ .

أنها ليس لها المطالبة بالمهر قبل الفرض . وهو أحد الوجهين . لأنه لم يستقر . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

وقال جماعة من الأصحاب : لها المطالبة به ، منهم المصنف فى المغنى ، والشارح، وابن رزين ، وغيرهم . وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى ، كما أن لها المطالبة بفرضه [لأنه لم يستقر] .

فائدة : حيث فسدت التسمية كان لها المطالبة بفرض مهر المثل ، كما أن لها ذلك هنا .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الإِصَابَةِ وَرِثَهُ صَاحِبُهُ . وَلَهَا مَهْرُ نِسَائِهَا ﴾

هذا المذهب . نص عليه فى رواية الجماعة . وعليه الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا ظاهر المذهب . وهو الصحيح .

قال الزركشي : هذا المذهب بلا ريب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وصححه ابن أبي موسى ، وغيره . فما قرر المهر المسمى قرره هنا .

وقيل عنه : لامهر لها . حكاها ابن أبي موسى .

وقيل : إنه يتنصف بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها .

قال ابن عقيل : لاوجه للتنصيف عندي .

قال الشيخ تقي الدين : في القلب حزازة من هذه الرواية ، والمنصوص عليه في رواية الجماعة : أن لها مهر المثل ، على حديث بَرْوَعَ بنت واشِق (1) . نص عليه في رواية علي بن سعيد ، وصالح ، ومحمد بن الحكم ، والميموني ، وابن منصور ، وحمدان بن علي ، وحنبل .

قال : ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله رواية تخالف السنة و إجماع الصحابة ، بل الأمة .

فإن القائل قائلان : قائل بوجوب مهر المثل ، وقائل بسقوطه .

فعلمنا أن ناقل ذلك غالط عليه . والغلط إما في النقل ، أو ممن دونه في السمع أو في الحفظ ، أو في الكتاب .

إذ من أصل الإمام أحمد ـ الذي لاخلاف عنه فيه ـ أنه لايجوز الخروج عن أقوال الصحابة . ولا يجوز ترك الحديث الصحيح من غير معارض له من جنسه . وكان رحمه الله شديدَ الإنكار على من يخالف ذلك . فكيف يفعله هو ـ مع إمامته ـ من غير موافقة لأحد ؟ ومع أن هذا القول لاحظ له في الآية . ولا له نظير . هذا مما يعلم قطعاً أنه باطل . انتهى .

(1) روى أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي ـ وقال : حسن صحيح ـ من حديث معقل بن سنان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق ـ وكان زوجها مات ، ولم يدخل بها ، ولم يفرض لها صداقاً ـ فجعل لها مهر نسائها . لا وكس ولا شطط »

قوله ﴿ وَإنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا : لَمْ يَكُنْ لَهَا عَلَيْهِ إلاَّ الْمُتْعَةُ ﴾

إذا طلق المفوضة قبل الدخول ، فلا يخلو : إما أن يكون قد فرض لها صداقاً ، أو لا .

فإن كان مافرض لها صداقاً ـ وهو مراد المصنف ـ فلا يخلو : إما أن يكون تفويض بضع ، أو تفويض مهر .

فإن كان تفويض بضع : فليس لها إلا المتعة . على الصحيح من المذهب . ونص عليه فى رواية جماعة . وعليه أكثر الأصحاب . منهم الخرقى ، والقاضى ، وأصحابه .

قال فى المحرر : وهو أصح عندى . وصححه فى النظم ، وتجريد العناية .

قال فى البلغة : هذا أصح الروايتين .

قال فى الرعايتين : وهو أظهر .

واختاره الشيرازى ، وغيره .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والكافى ـ وقال : هذا المذهب ـ والشرح ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل . قدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، ونهاية ابن رزين ، وإدراك الغاية . وجزم به فى المنور .

قال الزركشى : هذه أضعفهما .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والمحرر ، والفروع .

وإن كان تفويض مهر : فقدم المصنف هنا أنه ليس لها إلا المتعة . وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما . قدمه فى الكافى ، وقال : هذا المذهب .

وصححه فى المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والفروع .

قال فى الرعايتين : وهو أظهر .

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الوجيز ، وابن رزين فى شرحه ، والمنور .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، ونهاية ابن رزين ، و إدراك الغاية ،

وأطلقهما الزركشى ، والفروع .

و إن كان فرض لها صداقاً صحيحاً : فالصحيح من المذهب : وجوب نصف الصداق المسمى . وعليه الأصحاب .

وعنه : يسقط ، وتجب المتعة .

فائدة : لو سمى لها صداقاً فاسداً ، وطلقها قبل الدخول : لم يجب عليه سوى المتعة ، على إحدى الروايتين . نصره القاضى ، وأصحابه . قاله فى الفروع .

قال الزركشى : اختاره الشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما .

واختاره المجد ، وصاحب الرعايتين .

وعنه : يجب عليه نصف مهر المثل ، وهو المذهب .

جزم به الخرقى ، وابن رزين فى شرحه .

واختاره الشيرازى ، والمصنف ، والشارح .

وأطلقهما فى الحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى .

فما نَصَّف المسمى : نَصَّفه هنا ، إلا فى هاتين المسألتين ، على الخلاف فيهما .

قوله ﴿وَإنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ : لَمْ يَكُنْ لَهَا عَلَيْهِ إلاَّ الْمُتْعَةَ . عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ ، وَعَلَى الْمُقتِرِ قَدَرُهُ فَأَعْلاَهَا : خَادِمٌ . وَأَدْنَاهَا كِسْوَةٌ تَجْزِيهَا فِي صَلاَتِهَا﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب : اعتبار وجوب المتعة بحال الزوج . نص عليه .

وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع والزركشى ، وغيرهم .

وقيل : الاعتبار بحال المرأة .

وقيل : الاعتبار بحالها .

وعنه : يرجع فى تقديرها إلى الحاكم .

وعنه : يجب لها نصف مهر المثل . ذكرها القاضى فى المجرد .

قال المصنف : وهذه الرواية تضعف لوجهين .

أحدهما : مخالفة نص الكتاب . لأن نص الكتاب يقتضى تقديرها بحال الزوج . وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة .

الثانى : أنا لو قدرناها بنصف مهر المثل ، لكانت نصف المهر . إذ ليس المهر معيناً فى شىء . انتهى .

قال الزركشى : وهذه الرواية أخذها القاضى ـ فى روايتيه ـ من رواية الميمونى وسأله « كم المتاع ؟ فقال : على قدر الجدة . وعلى من ؟ قال : تمتع بنصف صداق المثل » لأنه لو كان فرض لها صداقاً كان لها نصفه .

قال القاضى : وظاهر هذا : أنها غير مقدرة ، وأنها معتبرة بيساره و إعساره .

وقد حكى قول غيره : أنه قدرها بنصف مهر المثل ، ولم ينكره .

فظاهر هذا : أنه مذهب له . انتهى .

قال الزركشى : وهذا فى غاية التهافت . لأنه إنما حكى مذهب غيره ، بعد أن حكى مذهبه .

قال : و إنما تكون هذه الرواية مذهباً معتمداً له إذا لم يكن الإمام أحمد قد ذكر مذهبه معها ، مع أنه قد ذكره هنا معها .

قال : ولا تليق هذه الرواية بمذهب الإمام أحمد رحمه الله . لأنه حينئذ تنفى

فائدة اعتبار الموسع والمقتر ، ولا تبقى فائدة فى إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة ، إلا أن غايته : أن ثَمَّ الواجب من النقدين . وهنا : الواجب متاع .

قوله ﴿ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا : اسْتَقَرَّ مَهْرُ المِثْلِ . فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ . فَهَلْ تَجِبُ الْمُتْعَةُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . أَصَحُّهُمَا : لَاتَجِبُ ﴾

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، وغيرهما . وهو كما قالوا . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ، وصححوه .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

والرواية الثانية : تجب لها المتعة . نقل حنبل : لكل مطلقة متعة .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله فى موضع من كلامه .

[وقد تقدم لنا : أن كلام المصنف فيما إذا لم يفرض لها صداقا . الرواية لاتختص بذلك ، كما يدل عليه سياق كلامه ، بل هى مطلقة فيه . وفى جميع المطلقات كما هو ظاهر الفروع وغيره][1] .

وقال أبو بكر : والعمل عندى عليه التواتر الروايات بخلافه .

قال الزركشى وإليه ميل أبى بكر لذلك .

فائدتان

إحداهما : إذا دخل بها ـ وكان قد سمى لها صداقاً ـ ثم طلقها . فلا متعة لها على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لها المتعة .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ـ فيما خرجه فى محبسه ـ قال ابن عمر « لكل مطلقة متاع إلا التى لم يدخل بها ، وقد فرض لها » واختار هذه الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الاعتصام بالكتاب والسنة ورجحه بعضهم على التى قبلها .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قال فى المحرر : لا متعة إلا لهذه المفارقة قبل الفرض والدخول .

وعنه : تجب لكل مطلقة .

وعنه : تجب لكل إلا لمن دخل بها ، وسمى مهرها . انتهى .

وتابعه فى الرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ عن هذه الرواية الثالثة ـ صوابه : إلا من سمى مهرها ، ولم يدخل بها .

قال : وإنما هذا زيغ حصل من قلم صاحب المحرر . انتهى .

قلت : رأيت فى كلام بعضهم ، أنه قال : رأيت مايدل على كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله بخط الشيخ تقى الدين الزريرانى رحمه الله .

الثانية : فى سقوطه المتعة بهبة مهر المثل قبل الفرقة وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لاتسقط بها . صححه الناظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر .

والثاني : تسقط . قدمه فى المغنى ، والشرح .

وجزم به ابن رزين فى شرحه .

وذكر المصنف الأول احتمالا .

قوله ﴿ وَمَهْرُ الْمِثْلِ مُعْتَبَرٌ بِمَنْ يُسَاوِيهَا مِنْ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا كَأُخْتِهَا ، وَعَمَّتِهَا ، وَبِنْتِ أَخِيهَا وَعَمِّهَا ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . اختاره المصنف ، والشارح . وصححه فى البلغة .

وعنه : يعتبر جميع أقاربها ، كأمها وخالتها .

وهذا المذهب ، وعليه جمهور الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والـكافى ، والزركشى .

فائدة : يعتبر فى ذلك الأقرب فالأقرب من النساء ، على كلا الروايتين . قاله فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ عَادَتُهُمُ التَّأْجِيلَ : فُرِضَ مُؤَجَّلاً ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، وقدمه فى الرعايتين ، والفروع .

والوجه الثاني : يفرض حالاً . كما لو اختلفت عادتهم .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاوى الصغير .

فائدة : لو اختلفت مهورهن : أخذ بالوسط الحالّ .

قوله ﴿ فَأَمَّا النِّـكَاحُ الْفَاسِدُ : فإِذَا افْتَرَقَا قَبْلَ الدُّخُولِ بطلاقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلاَ مَهْرَ فِيهِ ﴾ .

إذا افترقا فى النـكاح الفاسد قبل الدخول ، بغير طلاق ولا موت : لم يكن لها مهر . بلا نزاع .

وإن كان بطلاق ، فجزم المصنف هنا : بأنه لامهر لها . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه ــوصححهــ فى الفروع ، وغيره

وقيل : لها نصف المهر . وحكاه ابن عقيل وجهاً .

وإن افترقا بموت ، فظاهر كلامه هنا : أنه لامهر لها . وهو صحيح . وهو المذهب وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع : ويتوجه أنه على الخلاف فى وجوب العدة به .

قوله ﴿ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا : اسْتَقَرَّ الْمُسَمَّى ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه .

قال فى القواعد الفقهية : وهى المشهورة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وهى المذهب عند أبى بكر ، وابن أبى موسى .

واختارها القاضى ، وأكثر أصحابه فى كتب الخلاف .

وجزم به فى المنور وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يجب مهر المثل .

قال المصنف هنا : وهى أصح . وهو ظاهر كلام الخرقى . واختاره الشارح .

وجزم به فى الوجيز .

فعلى المذهب : يفرق بين النكاح والبيع ، بأن المبيع فى البيع الفاسد إذا تلف يضمنه بالقيمة لا بالثمن . على المنصوص ، وبأن النكاح — مع فساده — منعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح : من وقوع الطلاق ، ولزوم عدة الوفاة بعد الموت ، والاعتداد منه بعد المفارقة فى الحياة ، ووجوب المهر فيه بالعقد ، وتقرره بالخلوة . فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح .

يوضحه : أن ضمان المهر فى النكاح الفاسد : ضمان عقد كضمانه فى الصحيح . وضمان البيع الفاسد : ضمان تلف ، بخلاف البيع الصحيح . فإن ضمانه ضمان عقد .

قوله ﴿ وَلَا يَسْتَقِرُّ بِالْخَلْوَةِ ﴾ .

هذا اختيار المصنف ، والشارح . وذكره فى الانتصار ، والمذهب ، رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال ابن رزين : ويحتمل أن لا يجب ، لظاهر الخبر . وهو قول الجمهور .

ومراده — والله أعلم — جمهور العلماء ، لا جمهور الأصحاب .

وقال أصحابنا : يَسْتَقِرُّ . وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

لكن هل يجب مهر المثل ، أو المسمى ؟ مبنى على الذى قبله . وجزم به فى الوجيز وغيره . وأطلقهما فى الرعاية .

وقيل : يجب لها شىء . ولا يكمل المهر.

فائدة : لا يصح تزويج من نكاحها فاسد قبل طلاق أو فسخ . فإن أبى الزوج الطلاق ، فسخه الحاكم . هذا المذهب . قاله فى القواعد الأصولية وغيره .

قال فى الفروع : وظاهره ولو زوجها قبل فسخه : لم يصح مطلقاً . ومثله نظائره .

وقال ابن رزين : لايفتقر إلى فرقة . لأنه منعقد كالنكاح الباطل . انتهى .

وقال فى الإرشاد : لو زوجت نفسها بلا شهود : ففى تزويجها قبل الفرقة روايتان . وهما فى الرعاية : إذا زوجت بلا ولى ، أو بدون الشهود .

وفى تعليق ابن المنى ، فى انعقاد النكاح برجل وامرأتين : أنه إذا عقد عليها عقداً فاسداً لايجوز : صحيح ، حتى يقضى بفسخ الأول ، ولو سلمنا . فلأنه حرام ، والحرام فى حكم العدم .

قوله ﴿ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وظاهر كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه لا يجب لها مهر . لأنه قال : البضع إنما يتقوم على زوج أو شبهة . فيملكه .

قوله ﴿ وَالْمُكْرَهَةُ عَلَى الزِّنَا ﴾ .

يعنى : يجب لها مهر المثل . وهو المذهب مطلقاً . وعليه جمهور الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وعنه : يجب للبكر خاصة . اختاره أبو بكر .

وعنه : لا يجب مطلقاً . ذكرها ـ واختارها ـ الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال : هو خبيث .

فائدة : لو أكرهها ووطئها فى الدبر ، فلا مهر . على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، وغيرهم .

وقيل : حكمه حكم الوطء فى القبل . جزم به فى المحرر . وأطلقهما فى الفروع وتجريد العناية .

تنبيهان

أحدهما : يدخل فى عموم كلام المصنف : الأجنبية ، وذوات محارمه . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه

وعنه : لامهر لذات محرمه . كاللواط بالأمرد .

قال المصنف ، والشارح : لأن تحريمهن تحريم أصل . وفارق من حرمت تحريم مصاهرة . فإن تحريمها طارىء .

قال : وكذلك ينبغى أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع . لأنه طارىء أيضاً . انتهيا .

وعنه : أن من تحرم ابنتها لا مهر لها ، كالأم والبنت ، والأخت . ومن تحل ابنتها ـ كالعمة ، والخالة ـ لها المهر .

قال بعضهم ـ عن رواية من تحرم ابنتها ـ بخلاف المصاهرة ، لأنه طارىء .

الثانى : مفهوم كلام المصنف : أنه لا مهر للمطاوعة . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الانتصار : يجب المهر للمطاوعة ويسقط .

ويستثنى من ذلك : الأمة إذا وُطئت مطاوعة . فإن المهر لا يسقط بذلك . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . بل يأخذه السيد

وقيل : لا مهر لها . وأطلقهما فى الفروع ، فقال : وفى أمة أذنت وجهان .

فائدتان

إحداهما : إذا كان نكاحها باطلا بالإجماع ، ووطىء فيه . فهى كمكرهة فى وجوب المهر وعدمه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع وغيره .

وجزم به فى الكافى ، والرعاية ، وغيرهم .

وفى الترغيب : رواية يلزم المسمى .

الثانية : لو وطىء ميتة : لزمه المهر .

قال فى الفروع : لزمه المهر فى ظاهر كلامهم . وهو متجه .

وقال القاضى فى جواب مسألة : ووطء الميتة محرم ، ولا مهر ، ولا حدَّ فيه .

قوله ﴿ وَلَا يَجِبُ مَعَهُ أَرْشُ الْبَكَارَةِ ﴾ .

يعنى : مع وجوب المهر للموطوأة بشبهة ، أو زنا . هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لِلْمُكْرَهَةِ ﴾ .

وهو رواية منصوصة عن الإمام أحمد . رحمه الله .

واختاره القاضى فى المجرد ، وقاله فى المستوعب . وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير .

فائدة : يتعدد المهر بتعدد الزنا . لا بتكرر الوطء بشبهة . قاله فى الترغيب ، وغيره .

وذكر أبو يعلى الصغير : أنه يتعدد بتعدد الوطء فى الشبهة ، لا فى نكاح فاسد .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ويتعدد المهر بتعدد الشبهة .

وفى المغنى ، والشرح ، والنهاية ، وغيرهم : فى الكتابة يتعدد المهر فى نكاح فاسد .

وقالوا : إن استوفت المكاتبة ـ فى النكاح الفاسد ـ المهر عن الوطء الأول : فلها مهر ثان وثالث ، و إلا فلا .

وقال فى عيون المسائل ، والمغنى ، والشرح هنا : لايتعدد فى نكاح فاسد .

وقاله القاضى فى التعليق ، كدخولها على أن [لا] تستحق مهراً .

وفى التعليق أيضاً : بكل وطء فى عقد فاسد مهر ، إن علم فساده . و إلا مهر واحد .

وفى التعليق أيضاً : فى المكرهة لا يتعدد لعدم التنقيص . كنكاح وكاستواء موضحة .

وفى التعليق أيضاً : لو أقر بشبهة . فلها المهر . ولو سكتت .

قوله ﴿وَإِذَا دفعَ أَجْنَبِيَّة ، فأَذْهَبَ عُذْرَتها : فعلَيْهِ أَرْشُ بَكارَتِها﴾

هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . وقال : هو القياس ، لولا ماروى عن الصحابة .

وقال القاضى ﴿ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ﴾ وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهما فى المحرر .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الزَّوْجُ ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ إِلَّا نِصْفُ الْمُسَمَّى ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وخرج وجوب المهر كاملا من الرواية التى قال بها القاضى قبل .

قال فى الرعاية ، قلت : ويحتمل وجوبه .

فائدة : قال المصنف فى فتاويه : لو مات أو طلق من دخل بها ، فوضعت فى يومها ، ثم تزوجت فيه ، وطلق قبل دخوله ، ثم تزوجت فى يومها من دخل بها : فقد استحقت فى يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفا . فيعايى بها .

قلت : ويتصور أن تستحق أكثر من ذلك : بأن تطلق من الثالث قبل الدخول . وكذا رابع وخامس .

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ مَنْعُ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ مَهْرَهَا ﴾ .

مراده : المهر الحال . وهذا بلا نزاع بين الأصحاب .

ونقله ابن المنذر اتفاقا . وعلله الأصحاب بأن المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر عليها : لم يمكنها استرجاع عوضها ، بخلاف المبيع .

الثانى : هذا إذا كانت تصلح للاستمتاع .

فأما إن كانت لا تصلح لذلك : فالصحيح من المذهب : أن لها المطالبة به أيضاً . اختاره ابن حامد وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ورجح المصنف فى المغنى خلافه .

وخرجه صاحب المستوعب ، مما حكى الآمدى : أنه لايجب البداءة بتسليم المهر ، بل بعدل ، كالثمن المعين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الأشبه عندى : أن الصغيرة تستحق المطالبة

لها بنصف الصداق ، لأن النصف يستحق بإزاء الحبس . وهو حاصل بالعقد . والنصف الآخر : بإزاء الدخول ، فلا يستحق إلا بالتمكين .

فوائد

الأولى : لو كان المهر مؤجلاً : لم تملك منع نفسها . لكن لو حل قبل الدخول ، فهل لها منع نفسها — كقبل التسليم — كما هى عبارة الكافى ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم [فيهما[1]] فيه وجهان . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : ليس لها ذلك . وهو الصحيح . صححه فى النظم . وجزم به فى المغنى والشرح . وقدمه فى الفروع .

والوجه الثانى : لها ذلك .

الثانية : حيث قلنا : لها منع نفسها ، فلها أن تسافر بغير إذنه . قطع به الجمهور وقال فى الروضة : لها ذلك فى أصح الروايتين . والصحيح من المذهب : أن لها النفقة .

وعلل الإمام أحمد رحمه الله وجوب النفقة بأن الحبس من قبله . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الكبرى .

وقدمه فى الفروع ، وقال : وظاهر كلام جماعة : لا نفقة ، وهو متجه .

الثالثة . لو قبضت المهر ، ثم سلمت نفسها ، فبان معيبا : فلها منع نفسها ، حتى تقبض بدله بعده أو معه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . واختاره المصنف ، والشارح .

وقيل : ليس لها ذلك . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ فَإِنْ تَبَرَّعَتْ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، ثُمَّ أَرَادَتِ المَنْعَ ﴾ .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

يعنى : بعد الدخول ، أو الخلوة .

(فَهَلْ لَهَا ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والمذهب .

أحدهما : ليس لها ذلك . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . انتهى .

منهم : أبو عبد الله بن بطة ، وأبو إسحاق بن شاقلا . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

والوجه الثانى : لها ذلك . اختاره ابن حامد .

فعلى المذهب : لو امتنعت لم يكن لها نفقة .

ويأتى ذلك أيضاً فى كتاب النفقات فى أثناء الفصل الثالث .

فائدتان

إحداهما : لو أبى كل واحد من الزوجين التسليم أولا : أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا . ثم تجبر هى على تسليم نفسها . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يؤمر الزوج بجعله تحت يد عدل . وهى بتسليم نفسها . فإذا فعلته : أخذته من العدل .

وإن بادر أحدهما ، فسلم : أجبر الآخر . فإن بادر هو ، فسلم الصداق فله طلب التمكين . فإن أبت بلا عذر فله استرجاعه .

الثانية : لو كانت محبوسة ، أو لها عذر يمنع التسليم : وجب تسليم الصداق . على الصحيح من المذهب . كمهر الصغيرة التى لا توطأ مثلها . كما تقدم .

وقيل : لا يجب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعسَرَ بِالْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ : فَلَهَا الْفَسْخ ﴾ .

يعنى : إذا كان حالا . وهذا المذهب .

قال فى التصحيح ـ فى كتاب النفقات ـ هذا المشهور فى المذهب . واختاره أبو بكر . وجزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : فلها الفسخ فى أصح الوجهين .

ورجحه فى المغنى . وقدمه فى المحرر ـ فيما إذا كان ذلك بعد الدخول لاقبله ـ والشرح ، وغيرهما .

وقيل : ليس لها ذلك .

اختاره المصنف ، وابن حامد . قاله الشارح .

[والذى نقله فى المحرر عن ابن حامد : عدم ثبوت الفسخ بعد الدخول . ومقتضاه : أنه لا يخالفه فى ثبوته لها قبل ذلك][1] وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ فإنْ أعْسَرَ بَعْدَهُ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والنظم والفروع .

أحدهما : لها الفسخ .

قال فى الرعايتين ، والحاوى : فلها الفسخ فى أصح الوجهين . وجزم به فى الوجيز . واختاره أبو بكر . وقدمه فى المحرر .

والوجه الثانى : ليس لها الفسخ بعد الدخول .

نقل ابن منصور : إن تزوج مفلساً ، ولم تعلم المرأة ، لا يفرق بينهما إلا أن يكون قال « عندى عرض ومال وغيره » .

قال فى التصحيح فى كتاب النفقات : المشهور فى المذهب لا فسخ لها . واختاره ابن حامد والمصنف .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : إن أعسر بعد الدخول : انبنى على منع نفسها لقبض صداقها بعد الدخول ، كما تقدم .

إن قلنا : لها منع نفسها هناك . فلها الفسخ هنا ، و إلا فلا . وهى طريقته فى المغنى . وابن منجا فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : لو رضيت بالمقام معه مع عسرته ، ثم أرادت بعد ذلك الفسخ : لم يكن لها ذلك على الصحيح من المذهب .

وقيل : لها ذلك .

فعلى المذهب : لها منع نفسها .

الثانية : لو تزوجته عالمة بعسرته : لم يكن لها الفسخ . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لها ذلك .

تنبيه : محل هذه الأحكام : إذا كانت الزوجة حرة .

فأما إن كانت أمة : فالخيرة فى المنع والفسخ إلى السيد . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعاية والفروع ، وغيرهما . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، وغيرهما .

وقيل : لها . قال فى الرعاية : وهو أولى ، كولى الصغيرة والمجنونة .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به .

وقيل : لا يحتاج إلى حكم حاكم ، كخيار المعتقة تحت عبد . انتهى .

باب الوليمة

[فائدة : قال الكمال الدميرى فى شرحه على المنهاج فى « النقوط » المعتاد فى الأفراح : قال النجم البالسى : إنه كالدَّين لدافعه المطالبة به ، ولا أثر للعرف فى ذلك . فإنه مضطرب . فكم يدفع النقوط ، ثم يستحق أن يطالب به ؟ انتهى][1]

قوله ﴿ وَهِيَ اسْمٌ لِدَعْوَةِ الْعُرْسِ خَاصَّةً ﴾ .

هذا قول أهل اللغة . قاله فى المطلع .

وفيه أيضاً : أن الوليمة اسم لطعام العرس [كالقاموس ، وزاد : أو كل طعام صنع لدعوة أو غيرها .

فقولهم « اسم لدعوة العرس » على حذف مضاف « لطعام دعوة » وإلا فالدعوة نفس الدعاء إلى الطعام . وقد تضم دالها ، كدال الدعاء][1] .

قال ابن عبد البر : قاله ثعلب وغيره .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه فى النظم .

وقال بعض أصحابنا : الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث . إلا أن استعمالها فى طعام العرس أكثر .

وقيل : تطلق على كل طعام لسرور حادث . إطلاقاً متساوياً . قاله القاضى فى الجامع . نقله عنه الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى المستوعب : وليمة الشىء : كماله وجمعه . وسميت دعوة العرس وليمة لاجتماع الزوجين .

فائدة : الأطعمة التى يدعى إليها الناس عشرة .

الأول : الوليمة . وهى طعام العرس .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

الثانى : الحِذاق ، وهو الطعام عند حِذاق الصبى . أى معرفته ، وتمييزه ، وإتقانه .

الثالث : العذيرة والإعذار ، لطعام الختان .

الرابع : الخُرْسة والخُرْس ، لطعام الولادة .

الخامس : الوكيرة ، لدعوة البناء .

السادس : النقيعة ، لقدوم الغائب .

السابع : العقيقة ، وهى الذبح لأجل الولد ، على ما تقدم فى أواخر باب الأضحية .

الثامن : المأدُبة ، وهو كل دعوة لسبب كانت أو غيره .

التاسع : الوضيمة ، وهو طعام المأتم .

العاشر : التحفة ، وهو طعام القادم .

وزاد بعضهم : حادى عشر : وهو الشُّنْدُخية . وهو طعام الإملاك على الزوجة .

وثانى عشر : المشداخ . وهو الطعام المأكول فى ختمة القارىء .

وقد نظمها بعضهم ، ولم يستوعبها ، فقال :

وليمة عرس ، ثم خُرْس ولادة وعَقٌّ لسبع . والختان لإعذار
ومأدبة أطلق نَقيعة غائب وَضِيمة موت والوَكيرة للدار
وزيدت لإملاك المزوج شندخ ومشداخ المأكول فى ختمة القارى
فأخل بالحذاق والتحفة .

قوله ﴿ وَهِىَ مُسْتَحَبَّةٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، ولو بشاة فأقل . قاله فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وغيرهم : يستحب أن لا تنقص عن شاة .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : تستحب بشاة .

وقال ابن عقيل : ذكر الإمام أحمد رحمه الله : أنها تجب ولو بشاة ، للأمر[1]

وقال الزركشى : قوله عليه الصلاة والسلام « ولو بشاة » الشاة هنا ـ والله أعلم ـ للتقليل . أى : ولو بشىء قليل ، كشاة .

فيستفاد من هذا : أنه تجوز الوليمة بدون شاة .

ويستفاد من الحديث : أن الأولى الزيادة على الشاة . لأنه جعل ذلك قليلاً . انتهى .

فائدتان

إحداهما : تستحب الوليمة بالعقد . قاله ابن الجوزى . واقتصر عليه فى الفروع . وقدمه فى تجريد العناية .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : تستحب بالدخول .

قلت : الأولى أن يقال : وقت الاستحباب موسع من عقد النكاح إلى انتهاء أيام العرس . لصحة الأخبار فى هذا . وكمال السرور بعد الدخول ، لكن قد جرت العادة فعل ذلك قبل الدخول بيسير .

الثانية : قال ابن عقيل : السنة أن يكثر للبكر .

قلت : الاعتبار فى هذا باليسار . فإنه عليه أفضل الصلاة والسلام « ما أولم على أحد ما أولم على زينب . وكانت ثيبا » لكن قد جرت العادة بفعل ذلك فى حق البكر أكثر من الثيب .

---

(١) روى البخارى ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ـ وقد رأى عليه أثر الزواج « مهيم ؟ فقال : تزوجت . فقال : أولم ولو بشاة » .

قوله ﴿ وَالإِجَابَةُ إِلَيْهَا وَاجِبَةٌ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً بشروطه . وعليه جماهير الأصحاب . ونصروه .

قال ابن عبد البر : لاخلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمة .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الإفصاح : ويجب فى الأشهر عنه .

وقيل : الإجابة فرض كفاية .

وقيل : مستحبة . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وعنه : إن دعاه من يثق به ، فالإجابة أفضل من عدمها .

وقدم فى الترغيب : لايلزم القاضى حضور وليمة عرس . ذكره عنه فى الفروع فى باب أدب القاضى . وذكره فى الرعاية هناك قولا .

قوله ﴿ إِذَا عَيَّنَهُ الدَّاعِى الْمُسْلِمُ ﴾

مقيد بما إذا لم يحرم هجره . فإن حرم هجره : لم يجبه ولا كرامة .

ومقيد أيضاً بما إذا لم يكن كسبه خبيثا . فإن كان كسبه خبيثاً : لم يجبه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : بلى .

ومنع ابن الجوزى ـ فى المنهاج ـ من إجابة ظالم وفاسق ومبتدع ، ومفاخر بها ، أو فيها ، ومبتدع يتكلم ببدعته إلا لراد عليه .

وكذا إن كان فيها مضحك بفحش أو كذب كثير فيهن ، وإلا أبيح إذا كان قليلا .

وقيل : يشترط أن لايخص بها الأغنياء ، وأن لايخاف المدعو الداعى ، ولا يرجوه ، وأن لا يكون فى المحل من يكرهه المدعو ، أو يكره هو المدعو .

قال فى الترغيب ، والبلغة : إن علم حضور الأراذل ، ومَنْ مجالستهم تزرى بمثله : لم تجب إجابته .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، عن هذا القول : لم أره لغيره من أصحابنا

قال : وقد أطلق الإمام أحمد رحمه الله الوجوب . واشترط الحل ، وعدم المنكر .

فأما هذا الشرط : فلا أصل له ، كما أن مخالطة هؤلاء فى صفوف الصلاة لاتسقط الجماعة . وفى الجنازة : لا تسقط حق الحضور . فكذلك ههنا .

وهذه شبهة الحجاج بن أرطاة . وهو نوع من التكبر ، فلا يلتفت إليه .

نعم ، إن كانوا يتكلمون بكلام محرم : فقد اشتملت الدعوة على محرم . وإن كان مكروها : فقد اشتملت على مكروه .

وأما إن كانوا فساقاً ، لكن لايأتون بمحرم ولا مكروه ، لهيبته فى المجلس : فيتوجه أن يحضر ، إذا لم يكونوا ممن يهجرون ، مثل المستترين .

أما إن كان فى المجلس من يهجر : ففيه نظر . والأشبه : جواز الإجابة ، لا وجوبها . انتهى .

قوله ﴿ فَإِنْ دَعَا الجَفَلَى ، كَقَوْلِهِ : أَيُّهَا النَّاسُ تَعَالَوْا إِلَى الطَّعَامِ ، أَوْ دَعَاهُ فِيمَا بَعْدَ الْيَوْمِ الأَوَّلِ ، أَوْ دَعَاهُ ذِمِّيٌّ : لَمْ تَجِبِ الإِجَابَةُ ﴾ .

إذا دعا الجفلى : لم تجب إجابته . على المذهب . وعليه الأصحاب . ويحتمل أن يجب . قاله ابن رزين فى شرحه .

فعلى المذهب : يكره . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى ، والرعايتين ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لم تجب ، ولم تستحب .

وقيل : تباح . وأطلقهما فى الفروع .

وأما إذا دعاه فيما بعد اليوم الأول — وهو اليوم الثانى ، والثالث — : فلا تجب

الإجابة بلا نزاع . لكن تستحب إجابته فى اليوم الثانى ، وتكره فى اليوم الثالث .

ونقل حنبل : إن أحب أجاب فى الثانى ، ولا يجيب فى الثالث .

وأما إذا دعاه ذمى : فالصحيح من المذهب : لايجب إجابته ، كما قطع به المصنف هنا . وعليه الأصحاب .

وقال أبو داود : قيل لأحمد : تجيب دعوة الذمى ؟ قال : نعم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قد يحمل كلامه على الوجوب .

فعلى المذهب : تكره إجابته . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز

وقيل : تجوز من غير كراهة .

قال المصنف فى المغنى ، قال أصحابنا : لا تجب إجابة الذمى ، ولكن تجوز .

وقال فى الكافى : وتجوز إجابته .

قلت : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله المتقدم : عدم الكراهة . وهو الصواب .

قال ابن رزين فى شرحه : لا بأس بإجابته .

وأطلقهما فى الفروع . وخرج الزركشى ـ من رواية : عدم جواز تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم ـ عدم الجواز هنا

قوله ﴿ وَسَائِرُ الدَّعْوَاتِ وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا مُسْتَحَبَّةٌ ﴾ .

هذا قول أبى حفص العكبرى وغيره . وقطع به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى . قاله فى المستوعب

والصحيح من المذهب : أن بقية الدعوات مباحة . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الزركشى : قاله القاضى ، وعليه عامة أصحابه .

وقطع به فى الهداية ، والفصول ، وخصال ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والحاوى ، ونظم المفردات .

وقدمه فى المستوعب ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : تكره دعوة الختان . وهو قول فى الرعاية . ويحتمله كلام الخرقى .

وأما الإجابة إلى سائر الدعوات ، فالصحيح من المذهب : استحبابها . كما جزم به المصنف هنا .

وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

قال الزركشى : وهو الظاهر .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقيل : تباح . ونص عليه . وهو قول القاضى ، وجماعة من أصحابه .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى الموجز ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والمنور .

وقدمه ناظم المفردات . وهو منها .

قال فى الفروع : وهو ظاهر .

وقال أيضاً : وظاهر رواية ابن منصور ، ومُثَنَّى : تجب الإجابة .

قال الزركشى : لو قيل بالوجوب ، لكان متجهاً .

وكره الشيخ عبد القادر فى الغنية : حضور غير وليمة العرس إذا كانت كما وصف النبى صلى الله عليه وسلم « يمنعها المحتاج ، ويحضرها الغنى » .

فائدة : قال القاضى فى آخر المجرد ، وابن عقيل ، والشيخ عبد القادر : يكره لأهل الفضل والعلم الإسراع إلى إجابة الطعام والتسامح . لأن فيه بِذْلة ودناءة وشَرَها ، لاسيما الحاكم .

قوله ﴿ وَإِنْ حَضَرَ ، وَهُوَ صَائِمٌ صَوْمًا وَاجِبًا : لَمْ يُفْطِرْ ، وَإِنْ كَانَ نَفْلاً ، أَوْ كَانَ مُفْطِرًا : اسْتُحِبَّ الأَكْلُ ﴾ .

الصحيح من المذهب : استحباب الأكل لمن صومه نفل أو هو مفطر . قاله القاضي . وصححه فى النظم . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقيل : يستحب الأكل للصائم إن كان يجبر قلب داعيه ، وإلا كان إتمام الصوم أولى . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والوجيز . وهو ظاهر تعليل المصنف ، والشارح .

وقيل : نصه « يدعو ، وينصرف » .

وقال فى الواضح : ظاهر الحديث وجوب الأكل للمفطر .

وفى مناظرات ابن عقيل : لو غمس إصبعه فى ماء ومصها : حصل به إرضاء الشارع ، وإزالة المأثم بإجماعنا ، ومثله : لا يعد إجابة عرفا ، بل استخفافا بالداعى .

فائدة : فى جواز الأكل من مال من فى ماله حرام أقوال .

أحدها : التحريم مطلقاً . قطع به ولد الشيرازى فى المنتخب . قبيل باب الصيد .

قال الأزجى فى نهايته : هذا قياس المذهب ، كما قلنا فى اشتباه الأوانى الطاهرة بالنجسة . وهو ظاهر تعليل القاضى . وقدمه أبو الخطاب فى الانتصار .

قال ابن عقيل فى فنونه ـ فى مسألة اشتباه الأوانى ـ وقد قال الإمام أحمد رحمه الله : لا يعجبنى أن يأكل منه .

وسأله المروزى عن الذى يعامل بالربا يأكل عنده ؟ قال : لا .

قال فى الرعاية الكبرى ـ فى آدابها ـ ولا يأكل مختلطا بحرام بلا ضرورة .

والقول الثانى : إن زاد الحرام على الثلث : حرم الأكل ، وإلا فلا . قدمه فى الرعاية . لأن الثلث ضابط فى مواضع .

والقول الثالث : إن كان الحرام أكثر : حرم الأكل ، وإلا فلا . إقامة للأكثر مقام الكل . قطع به ابن الجوزى فى المنهاج .

نقل الأثرم وغير واحد عن الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن ورث مالا فيه حرام ـ

إن عرف شيئاً بعينه : رده . و إن كان الغالب على ماله الفساد : تنزه عنه ، أو نحو هذا .

ونقل حرب — في الرجل يخلف ما لا — إن كان غالبه نهباً أو رباً ، ينبغى لوارثه أن يتنزه عنه ، إلا أن يكون يسيراً لا يعرف .

ونقل عنه أيضاً : هل للرجل أن يطلب من ورثة إنسان مالا مضاربة ينفعهم وينتفع ؟ .

قال : إن كان غالبه الحرام فلا .

والقول الرابع : عدم التحريم مطلقاً . قلّ الحرام أو كثر ، لكن يكره وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقاله ابن عقيل فى فصوله ، وغيره . وقدمه الأزجى وغيره .

قلت : وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة .

وأطلقهن فى الفروع ، فى باب صدقة التطوع ، والآداب الكبرى ، والقواعد الأصولية .

قال فى الفروع : وينبنى على هذا الخلاف : حكم معاملته ، وقبول صدقته وهبته ، و إجابة دعوته ، ونحو ذلك .

و إن لم يعلم أن فى المال حراماً : فالأصل الإباحة ، ولا تحريم بالاحتمال . و إن كان تركه أولى للشك .

و إن قوى سبب التحريم فظنه يتوجه فيه ، كآنية أهل الكتاب وطعامهم . انتهى .

قلت : الصواب الترك . وأن ذلك ينبنى على ما إذا تعارض الأصل والظاهر . وله نظائر كثيرة .

فوائد جمة

في آداب الأكل والشرب وما يتعلق بهما

كره الإمام أحمد رحمه الله، أن يتعمد القوم — حين وضع الطعام — أن يفجأهم، وإن فجأهم بلا تعمد: أكل. نص عليه.

وأطلق في المستوعب، وغيره: الكراهة إلا مَنْ عادته السماحة.

وكره الإمام أحمد رحمه الله الخبز الكبار. وقال: ليس فيه بركة.

وكره الإمام أحمد في رواية مهنا: وضعه تحت القصعة لاستعماله له.

وقال الآمدي: يحرم عليه ذلك. وأنه نص الإمام أحمد. وكرهه غيره، وكرهه الأصحاب في الأولتين.

وجزم به في المغني في الثانية.

ذكر ذلك كله في الفروع في باب الأطعمة.

ويحرم عليه أخذ شيء من الطعام من غير إذن ربه. فإن علم بقرينة رضا مالكه، فقال في الترغيب: يكره.

وقال في الفروع: يتوجه أنه يباح. وأنه يكره مع ظنه رضاه.

وقال في الرعاية الكبرى: له أخذما علم رضى ربه به، وإطعام الحاضرين معه وإلا فلا.

ويأتي: هل له أن يلقم غيره؟ وما يشابهه.

ويأتي أيضاً في كلام المصنف: تحريم الأكل من غير إذن ولا قرينة، وأن الدعاء إلى الوليمة إذن في الأكل.

ويغسل يديه قبل الطعام وبعده. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه: يكره قبله. اختاره القاضي. قاله في الفروع. قال: وأطلق جماعة رواية الكراهة.

قلت : قال فى المستوعب وغيره : وعنه يكره . اختاره القاضى .

وقال ابن الجوزى فى المذهب : يستحب غسل يديه بعد الطعام إذا كان له غَمر . انتهى .

ولا يكره غسله فى الإناء الذى أكل فيه . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويكره الغسل بطعام . ولا بأس بنخالة . نص عليه .

قال بعضهم : يكره بدقيق حمص وعدس وباقلاء ونحوه .

وقال فى الآداب : ويتوجه تحريم الغسل بمطعوم . كما هو ظاهر تعليل الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال المصنف ، والشارح : لما أمر الشارع – عليه أفضل الصلاة والسلام – المرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ، ثم تغسل به الدم عن حقيبته صلى الله عليه وسلم ، والملح طعام . ففى معناه ما يشبهه . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : كلام أبى محمد يقتضى جواز غسلها بالمطعوم وهو خلاف المشهور .

وجزم الناظم بجواز غسل يديه بالملح . وهو قول فى الرعاية .

وقال إسحاق : تعشيت مع أبى عبد الله مرة . فجعل يأكل ، وربما مسح يديه عند كل لقمة بالمنديل .

ويتمضمض من شرب اللبن . ويلعق قبل الغسل أو المسح أصابعه ، أو يُلعقها .

ويعرض رب الطعام الماء لغسلهما . ويقدمه بقرب طعامه . ولا يعرض الطعام .

ذكره فى التبصرة ، وغيرها . واقتصر عليه فى الفروع .

ويسن أن يصغر اللقمة . ويجيد المضغ . ويطيل البلع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إلا أن يكون هناك ما هو أهم من الإطالة .

وذكر بعض الأصحاب : استحباب تصغير الكسر . انتهى .

ولا يأكل لقمة حتى يبلع ما قبلها .

وقال ابن أبي موسى ، وابن الجوزى : ولا يمد يده إلى أخرى ، حتى يبتلع الأولى . وكذا قال فى الترغيب ، وغيره .

وينوى بأكله وشربه التقوى على الطاعة .

ويبدأ بهما الأكبر والأعلم . جزم به فى الرعاية الكبرى . وقدمه فى الآداب الكبرى .

وقال الناظم فى آدابه :

ويكره سبق القوم للأكل نَهْمَة ولكن رب البيت إن شاء يبتدى

وإذا أكل معه ضرير : أعلمه بما بين يديه .

وتستحب التسمية عليهما ، والأكل باليمين .

ويكره ترك التسمية والأكل بشماله ، إلا من ضرورة . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وذكره النووى فى الشرب إجماعا .

وقيل : يجبان . اختاره ابن أبي موسى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ينبغى أن نقول بوجوب الاستنجاء باليسرى ومس الفرج بها . لأن النهى فى كليهما .

وقال ابن البنا ، قال بعض أصحابنا : فى الأكل أربع فرائض : أكل الحلال . والرضا بماقسم الله . والتسمية على الطعام . والشكر لله عز وجل على ذلك

وإن نسى التسمية فى أوله قال : إذا ذكر « بسم الله أوله وآخره » .

وقال فى الفروع ، قال الأصحاب : يقول « بسم الله » .

وفى الخبر « فليقل : بسم الله أوله وآخره » .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو زاد « الرحمن الرحيم » عند الأكل لكان حسناً[1] . فإنه أكمل بخلاف الذبح . فإنه قد قيل : لايناسب ذلك . انتهى

---

(١) لو كان فيها مأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإلا فالظاهر : أن البسملة لأوائل السور . والله أعلم .

ويسمى المميز . ويسمى عمن لا عقل له ولا تمييز غيره . قاله بعضهم . إن شُرِع الحمد عنه .

وينبغي للمسمى : أن يجهر بها . قاله في الآداب . لينبه غيره عليها .

ويحمد الله إذا فرغ ، ويقول : ماورد .

وقيل : يجب الحمد . وقيل : يحمد الشارب كل مرة .

وقال السامري : يسمى الشارب عند كل ابتداء ، ويحمد عند كل قطع .

قال في الآداب . وقد يقال مثله في أكل كل لقمة . وهو ظاهر ماروى عن الإمام أحمد رحمه الله .

نقل ابن هانيء : أنه جعل عند كل لقمة : يسمى ويحمد .

وقال : أكل وحمد خير من أكل وصمت .

ويسن مسح الصحفة ، وأكل ما تناثر . والأكل عند حضور رب الطعام وإذنه . ويأكل بثلاث أصابع . ويكره بإصبع . لأنه مقت ، وبإصبعين ، لأنه كبر ، وبأربع وخمس ، لأنه شَرَه .

قال في الآداب : ولعل المراد مايتناول — عادة وعرفا — بإصبع أو إصبعين . فإن العرف يقتضيه .

ويسن أن يأكل مما يليه مطلقا . على الصحيح من المذهب .

قال جماعة من الأصحاب — منهم القاضي ، وابن عقيل ، وابن حمدان في الرعاية ، وغيرهم — : إذا كان الطعام لونًا أو نوعًا واحدًا .

وقال الآمدي : لا بأس بأكله — من غير مايليه — إذا كان وحده . قاله في الفروع .

وقال في الآداب : نقل الآمدي عن ابن حامد ، أنه قال : إذا كان مع جماعة أكل مما يليه . وإن كان وحده : فلا بأس أن تجول يده . انتهى .

قلت : وظاهر كلامهم : أن الفاكهة كغيرها .

وكلام القاضي ـ ومن تابعه ـ محتمل الفرق .

ويؤيده حديث عكراش بن ذؤيب رضى الله عنه[1] . لكن فيه مقال . انتهى .

ويكره الأكل من أعلى القصعة ، وأوسطها .

قال ابن عقيل : وكذلك الكيل .

وقال ابن حامد : يسن أن يخلع نعليه .

ويكره نفخ الطعام . على الصحيح من المذهب .

زاد في الرعاية ، والآداب ، وغيرهما : والشراب .

وقال في المستوعب : النفخ في الطعام والشراب والكتاب : منهى عنه .

وقال الآمدى : لا يكره النفخ في الطعام إذا كان حاراً .

قلت : وهو الصواب . إن كان ثم حاجة إلى الأكل حينئذ .

ويكره أكل الطعام الحار .

قلت : عند عدم الحاجة .

ويكره فعل ما يستقذره من غيره .

وكذا يكره الكلام بما يستقذر ، أو بما يضحكهم ، أو يحزنهم . قاله الشيخ عبد القادر في الغنية .

وكره الإمام أحمد رحمه الله الأكل متكئاً .

قال الشيخ عبد القادر في الغنية : وعلى الطريق أيضاً .

ويكره أيضاً الأكل مضطجعاً ومنبطحاً . قاله في المستوعب وغيره .

---

(١) روى ابن ماجة عن عكراش بن ذؤيب قال « أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجفنة كثيرة الثريد والودك . فأقبلنا نأكل . فخبطت يدى في نواحيها . فقال : يا عكرش ، كل من موضع واحد . ثم أتينا بطبق فيه ألوان من الرطب . فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطبق ، وقال : يا عكرش، كل من حيث شئت . فانه غير لون واحد ».

ويسن أن يجلس للأكل على رجله اليسرى ، وينصب اليمنى ، أو يتربع . قاله فى الرعاية الكبرى ، وغيره .

وذكر ابن البناء : أن من آداب الأكل : أن يجلس مفترشاً . وإن تربع فلا بأس . انتهى .

وذكر فى المستوعب ، من آداب الأكل : أن يأكل مطمئناً . كذا قال .

ويكره عيب الطعام . على الصحيح من المذهب .

وقال الشيخ عبد القادر فى الغنية : يحرم .

ويكره قرانه فى التمر مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

قدمه الناظم فى آدابه ، وابن حمدان فى آداب رعايتيه ، وابن مفلح فى آدابه .

وقيل : يكره مع شريك لم يأذن .

قال فى الرعاية : لا وحده ، ولا مع أهله ، ولا من أطعمهم ذلك .

وأطلقهما ابن مفلح فى الفروع .

وقال أبو الفرج الشيرازى ، فى كتابه أصول الفقه : لا يكره القران .

وقال ابن عقيل فى الواضح : الأولى تركه .

قال صاحب الترغيب ، والشيخ تقى الدين رحمه الله : ومثله ماالعادة جارية بتناوله وله أفراد .

وكذا قال الناظم فى آدابه . وهو الصواب .

وله قطع اللحم بالسكين . والنهى عنه لايصح . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

والسنة : أن يكون البطن أثلاثاً : ثلثاً للطعام ، وثلثاً للشراب ، وثلثاً للنفس .

ويجوز أكله كثيراً بحيث لا يؤذيه . قاله فى الترغيب .

قال فى الفروع : وهو مراد من أطلق .

وقال فى المستوعب ، وغيره : ولو أكل كثيراً لم يكن به بأس .

وذكر الناظم : أنه لا بأس بالشبع ، وأنه يكره الإسراف .

وقال فى الغنية : يكره الأكل كثيراً مع خوف تُخَمَة .

وكره الشيخ تقى الدين أكله حتى يُتْخَمَ . وحرمه أيضاً .

قلت : وهو الصواب .

وحرم أيضاً : الإسراف . وهو مجاوزة الحد .

ويأتى فى الأطعمة كراهة إدمان أكل اللحم .

ولا يقلل من الأكل بحيث يضره ذلك .

وليس من السنة ترك أكل الطيبات(١) .

ولا يكره الشرب قائماً . على الصحيح من المذهب .

ونقله الجماعة ، وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : يكره . وجزم به فى الإرشاد . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال صاحب الفروع : وظاهر كلامهم : لا يكره أكله قائماً . ويتوجه أنه كالشرب . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قلت : إن قلنا : إن الكراهة فى الشرب قائما لما يحصل له من الضرر ، ولم يحصل مثل ذلك فى الأكل : امتنع الإلحاق .

وكره الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ الشرب من فم السقاء ، واختناث الأسقية ، وهو قَلْبُهَا .

ويكره أيضا الشرب من ثَلْمَة الإناء .

وقال فى المستوعب : ولا يشرب محاذياً العروة ، ويشرب مما يليها .

وظاهر كلام الأصحاب : أنهما سواء . وحمله فى الآداب على أن العروة متصلة برأس الإناء .

وإذا شرب ناول الإناء الأيمن .

وقال فى الترغيب : وكذا غسل يده .

---

(١) بل هو محاربة للسنة .

وقال ابن أبى المجد : وكذا فى رش ماء الورد .

وقال فى الفروع : وما جرت العادة به ، كإطعام سائل ، وسنور ، وتلقيم ، وتقديم : يحتمل كلامه وجهين . قال : وجوازه أظهر .

وقال فى آدابه : الأولى جوازه .

وقال فى الرعاية الكبرى : ولا يلقم جليسه ، ولا يفسح له إلا بأذن رب الطعام .

وقال الشيخ عبد القادر : يكره أن يلقم من حضر معه ، لأنه يأكل [ويتلف بأكله][1] على ملك صاحبه على وجه الإباحة .

وقال بعض الأصحاب : من الآداب أن لا يلقم أحداً يأكل معه إلا بإذن مالك الطعام .

قال فى الآداب : وهذا يدل على جواز ذلك ، عملاً بالعادة والعرف فى ذلك لكن الأدب والأولى : الكف عن ذلك ، لما فيه من إساءة الأدب على صاحبه والإقدام على طعامه ببعض التصرف من غير إذن صريح .

وفى معنى ذلك : تقديم بعض الضيفان ما لديه ، ونقله إلى البعض الآخر . لكن لا ينبغى لفاعل ذلك أن يسقط حق جليسه من ذلك .

والقرينة تقوم مقام الإذن فى ذلك .

وتقدم كلامه فى الفروع .

وقال فى الفنون : كنت أقول : لا يجوز للقوم أن يقدم بعضهم لبعض ، ولا لسنور ، حتى وجدت فى صحيح البخارى حديث أنس فى الدُّباء . انتهى .

ويسن أن يغض طرفه عن جليسه .

قال الشيخ عبد القادر : من الآداب : أن لا يكثر النظر إلى وجوه الآكلين . انتهى .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

ويسن أن يؤثر على نفسه .

قال فى الرعاية الكبرى ، والآداب : ويأكل ويشرب مع أبناء الدنيا بالأدب والمروءة ، ومع الفقراء بالإيثار ، ومع الإخوان بالانبساط ، ومع العلماء بالتعلم .

وقال الإمام أحمد : يأكل بالسرور مع الإخوان ، وبالإيثار مع الفقراء ، وبالمروءة مع أبناء الدنيا . انتهى .

ويسن أن يخلل أسنانه إن علق بها شىء .

وقال فى المستوعب : روى عن ابن عمر « ترك الخلال يوهن الأسنان » . وذكره بعضهم مرفوعاً .

قال الناظم : ويلقى ما أخرجه الخلال ، ولا يبتلعه ، للخبر .

ويسن الشرب ثلاثاً . ويتنفس دون الإناء ثلاثاً . فإن تنفس فيه كره . ولا يشرب فى أثناء الطعام . فإنه مضر ، مالم يكن عادة .

ويسن أن يجلس غلامه معه على الطعام . وإن لم يجلسه أطعمه .

ويسن لمن أكل مع الجماعة أن لا يرفع يده قبلهم ، مالم توجد قرينة .

ويكره مدح طعامه وتقويمه . على الصحيح من المذهب .

وقال الشيخ عبدالقادر فى الغنية : يحرم عليه ذلك .

وقال الآمدى : السنة أن يأكل بيده ، ولا يأكل بملعقة ، ولا غيرها . ومن أكل بملعقة أو غيرها : أكل بالمستحب . انتهى .

وقال الشيخ عبد القادر : ويستحب أن يبدأ بالملح ، ويختم به .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : زاد الملح .

ويكره إخراج شىء من فيه ، ورده فى القصعة .

ولا يمسح يده بالخبز ، ولا يستبذله . ولا يخلط طعاماً بطعام . قاله الشيخ عبد القادر .

ويستحب لصاحب الطعام، أن يباسط الإخوان بالحديث الطيب، والحكايات التى تليق بالحالة إذا كانوا منقبضين.

وقد كان الإمام أحمد رحمه الله: يباسط من يأكل معه.

وذكر ابن الجوزى: أن من آداب الأكل: أن لايسكتوا على الطعام، بل يتكلمون بالمعروف. ويتكلمون بحكايات الصالحين فى الأطعمة. انتهى.

ولا يتصنع بالانقباض. وإذا أخرج من فيه شيئا ليرمى به: صرف وجهه عن الطعام، وأخذه بيساره.

قال: ويستحب تقديم الطعام إليهم. ويقدم ماحضر من غير تكلف. ولا يستأذنهم فى التقديم. انتهى.

قال فى الآداب: كذا قال.

وقال ابن الجوزى أيضاً: ولا يكثر النظر إلى المكان الذى يخرج منه الطعام فإنه دليل على الشره.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: إذا دعى إلى أكل: دخل إلى بيته، فأكل مايكسر نَهْمته قبل ذهابه.

وقال ابن الجوزى: ومن آداب الأكل: أن لا يجمع بين النوى والتمر، فى طبق واحد ولا يجمعه فى كفه، بل يضعه من فيه على ظهر كفه.

وكذا كل ما فيه عَجَم، وثفل وهو معنى كلام الآمدى.

وقال أبو بكر بن حماد: رأيت الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ يأكل التمر، ويأخذ النوى على ظهر إصبعيه السبابة والوسطى.

ورأيته يكره أن يجعل النوى مع التمر فى شىء واحد.

ولرب الطعام أن يخص بعض الضيفان بشىء طيب، إذا لم يتأذ غيره.

ويستحب للضيف أن يُفْضِل شيئاً، لا سيما إن كان ممن يتبرك بفضلته[1]، أو كان ثم حاجة.

---

(١) البركة من الله، لامن الخلق.

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والشيخ تقى الدين : أن الخبز لا يُقَبَّل ، ولا بأس بالمناهدة .

نقل أبو داود : لا بأس أن يتناهد فى الطعام و يتصدق منه . لم يزل الناس يفعلون هذا .

قال فى الفروع : و يتوجه رواية : لايتصدق بلا إذن ونحوه . انتهى .

ومعنى « النهد » أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئاً من النفقة ، و يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه ، و يأكلون جميعاً .

و إن أكل بعضهم أكثر من بعض : فلا بأس .

قوله ﴿ فَإِنْ دَعَاهُ اثْنَانِ : أَجَابَ أَسْبَقَهُمَا ﴾ .

وهذا بلا خلاف أعلمه . لكن هل السبق بالقول ـ وهو الصواب ـ أو بقرب الباب ؟ فيه وجهان .

قال فى الفروع : وحكى ، هل السبق بالقول أو بالباب ؟ فيه وجهان . انتهى .

قلت : ظاهر كلام الأصحاب : أن السبق بالقول . وهو كالصريح فى كلام المصنف ، وغيره . خصوصاً : المغنى ، والشرح .

فإن استو يا فى السبق : فقطع المصنف هنا بتقديم الأدين . ثم الأقرب جواراً . وقاله فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى .

وقال فى الخلاصة ، والكافى ، ونهاية ابن رزين : فإن استو يا : أجاب أقربهما بابا .

زاد فى الخلاصة : و يقدم إجابة الفقير منهما .

وزاد فى الكافى : فإن استو يا أجاب أقربهما رحما ، فإن استو يا : أجاب أدينهما ، فإن استو يا : أقرع بينهما .

وكذا قال فى المغنى ، والشرح .

وقال فى المحرر : ومن دعاه اثنان : قدم أسبقهما . ثم إن أتيا معاً : قدم أدينهما . ثم أقربهما رحما . ثم جواراً . ثم بالقرعة .

وجزم به فى النظم ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين .

وقال فى تجريد العناية : ويقدم أسبق . ثم أدين . ثم أقرب جواراً . ثم رحما . وقيل : عكسه . ثم قارِع .

وقال فى الفصول : يقدم السابق . فإن لم يسبق أحدهما الآخر ، فقال أصحابنا : ينظر أقربهما داراً ، فيقدم فى الإجابة .

وقيل : الأدين بعد الأقرب جواراً .

وقال فى البلغة : فإن جاءا معاً : أجاب أقربهما جواراً . فإن استويا : قدم أدينهما .

قوله ﴿ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِي الدَّعْوَةِ مُنْكَرًا ـ كالزَّمْرِ ، وَالْخَمْرِ ـ وَأَمْكَنَهُ الإِنْكَارِ : حَضَرَ ، وَأَنْكَرَ ، وَإِلاَّ لَمْ يَحْضُرْ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ حَضَرَ وَشَاهَدَ الْمُنْكَرَ : أَزَالَهُ وَجَلَسَ . فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ : انْصَرَفَ ﴾ بلا خلاف .

قوله ﴿ وَ إِنْ عَلِمَ بِهِ ، وَلَمْ يَرَهُ وَلَمْ يَسْمَعْهُ : فَلَهُ الْجُلُوسُ ﴾ .

ظاهره : الخيرة بين الجلوس وعدمه . وهو المذهب .

قال الإمام أحمد رحمه الله : لابأس به .

وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال الناظم : إن شاء يجلس . ولكن عنهم : البعد أجود .

وقال الإمام أحمد رحمه الله : لاينصرف .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

قوله ﴿ وَإِنْ شَاهَدَ سُتُورًا مُعَلَّقَةً فِيهَا صُوَرُ الْحَيَوَانِ : لَمْ يَجْلِسْ إِلَّا أَنْ تُزَالَ ﴾ .

هكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وفى تحريم لُبثه فى منزل فيه صورة حيوان على وجه محرم : وجهان . والمذهب : لا يحرم .

وهو ظاهر ما قطع به فى المغنى ، والشرح ، و شرح ابن رزين ، وغيرهم .

وتقدم فى ستر العورة « هل يحرم ذلك ، أم لا ؟ » .

فائدة : إذا علم به قبل الدخول ، فهل يحرم الدخول ، أم لا ؟ فيه الوجهان المتقدمان . وأطلقهما فى الفروع .

وجزم فى المغنى ، والشرح : أنه لايحرم الدخول . وهو المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مَبْسُوطَةً ، أَوْ عَلَى وِسَادَةٍ : فَلَا بَأْسَ بِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الإرشاد : الصور والتماثيل مكروهة عند الإمام أحمد رحمه الله ، إلا فى الأسِرَّة والجدر .

وتقدم ذلك أيضاً فى باب ستر العورة .

فائدة : يحرم تعليق مافيه صورة حيوان ، وستر الجدر به ، وتصويره .

وقيل : لايحرم . وذكره ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله رواية . كافتراشه ، وجعله مخدًا .

وتقدم بعض ذلك فى ستر العورة .

قوله ﴿ وَإِنْ سُتِرَتْ الْحِيطَانُ بِسُتُورٍ لَاصُوَرَ فِيهَا ، أَوْ فِيهَا صُوَرُ غَيْرِ الْحَيَوَانِ : فَهَلْ تُبَاحُ ؟ على روايتين ﴾ .

مراده : إذا كانت غير حرير .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع .

إحداهما : يكره . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . واختاره المصنف .

وجزم به فى المغنى ، والشرح فى موضع ، والوجيز ، وشرح ابن رزين .

وقدمه فى البلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يحرم .

وقال فى الخلاصة : وإذا حضر ، فرأى ستوراً معلقة لا صور عليها ، فهل يجلس ؟ فيه روايتان . أصلهما : هل هو حرام ، أو مكروه ؟

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا لم تكن حاجة . فأما إن دعت الحاجة إليه ـ من حر ، أو برد ـ فلا بأس به .

ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وهو واضح .

الثاني : ظاهر قوله « فهل يباح ؟ » أن الخلاف فى الإباحة وعدمها . وليس الأمر كذلك . وإنما الخلاف فى الكراهة والتحريم . فمراده بالإباحة : الجواز الذى هو ضد التحريم .

فعلى القول بالتحريم : يكون وجود ذلك عذراً فى ترك الإجابة .

وعلى القول بالكراهة : يكون أيضاً عذراً فى تركها . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الرعاية .

وقيل : لايكون عذراً . وهو ظاهر كلامه فى الخلاصة المتقدم .

قلت : وهو الصواب .

والواجب لا يترك لذلك . وأطلقهما فى الفروع .

ونقل ابن هانىء وغيره : كل ما كان فيه شىء من زى الأعاجم وشبهه . فلا يدخل .

ونقل ابن منصور : لابأس أن لايدخل . قال : لا كريحان منضد .

وذكر ابن عقيل : أن النهى عن التشبه بالعجم للتحريم .

ونقل جعفر : لايشهد عرساً فيه طبل ، أو مخنث ، أو غناء ، أو تستر الحيطان . ويخرج لصورة على الجدار .

ونقل الأثرم ، والفضل : لا لصورة على ستر ، لم يستر به الجدر .

قوله ﴿ وَلَا يُبَاحُ الأَكْلُ بِغَيْرِ إِذْنٍ ، أَوْ مَايَقُومُ مَقَامَهَا ﴾ بلا نزاع

فيحرم أكله بلا إذن صريح ، أو قرينة ، ولو من بيت قريبه أو صديقه ، ولم يحرزه عنه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وغيره .

ونقله ابن القاسم ، وابن النضر . وجزم به القاضى فى الجامع .

وظاهر كلام ابن الجوزى ، وغيره : يجوز أكله من بيت قريبه وصديقه ، إذا لم يحرزه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الفروع : وهو أظهر . وقدمه فى آدابه . وقال : هذا هو المتوجه .

ويحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله : على الشك فى رضاه ، أو على الورع . انتهى .

وجزم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ــ فى آخر الغصب ، فيمن يكتب من محبرة غيره ــ يجوز فى حق من ينبسط إليه ، ويأذن له عرفا .

قوله ﴿ وَالدُّعَاء إِلَى الْوَلِيمَةِ : إِذْنٌ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وكذا تقديم الطعام إليه بطريق أولى .

وقال الشيخ عبد القادر فى الغنية : لا يحتاج بعد تقديم الطعام إذناً إذا جرت العادة فى ذلك البلد بالأكل بذلك . فيكون العرف إذناً .

وقد تقدم : أن المسنون الأكل عند حضور رب الطعام و إذنه .

وتقدم جملة صالحة فى آداب الأكل والشرب .

فائدتان

إحداهما : قال فى الفروع : ظاهر كلام الأصحاب : أن الدعاء ليس إذناً فى الدخول .

وقال المصنف ، والشارح : هو إذن فيه .

وقدمه فى الآداب . ونسبه إلى المصنف وغيره .

قلت : إن دلت قرينة عليه كان إذناً . و إلا فلا .

الثانية : قال المجد : مذهبنا لا يملك الطعام الذى قدم إليه ، بل يهلك بالأكل على ملك صاحبه .

قال فى القاعدة السادسة والسبعين : أكل الضيف إباحة محضة . لا يحصل الملك به بحال . على المشهور عندنا . انتهى .

قال المصنف فى المغنى — فى مسألة غير المأذون له : هل له الصدقة من قوته ؟ — الضيف لا يملك الصدقة بما أذن له فى أكله ؟ .

وقال : إن حلف لا يهبه ، فأضافه : لم يحنث . لأنه لم يملكه شيئاً . و إنما أباحه الأكل . ولهذا لم يملك التصرف فيه بغير إذنه . انتهى .

قلت : فيحرم عليه تصرفه فيه بدونه .

قال الشيخ عبد القادر ، والشيخ تقى الدين أيضاً : يأكل الضيف على ملك صاحب الطعام على وجه الإباحة . وليس ذلك بتمليك . انتهى .

قال فى الآداب : مقتضى تعليله فى المغنى : التحريم .

قلت : والأمر كذلك .

قال فى الانتصار ، وغيره : لو قدم لضيفانه طعاماً : لم يجز لهم قسمته . لأنه إباحة . نقله عنهم فى الفروع فى آخر الأطعمة .

وقال فى القواعد : وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية بإجزاء الطعام فى الكفارات ، وتنزل على أحد قولين .

وهما : أن الضيف يملك ماقدم إليه ، وإن كان ملكا خاصاً بالنسبة إلى الأكل .

وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك . انتهى .

وقال فى الآداب : ووجهت رواية الجواز ـ فى مسألة صدقة غير المأذون له ـ بأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والإذن عرفاً ، فجاز . كصدقة المرأة من بيت زوجها .

قال : وهذا التعليل جار فى مسألتى الضيف . انتهى .

وللشافعية فيها أربعة أقوال : يملكه بالأخذ ، أو بحصوله فى الفم ، أو بالبلع ، أو لا يملكه بحال ، كمذهبنا .

قوله ﴿ وَالنِّثَارُ ، وَالْتِقَاطُهُ : مَكْرُوهَانِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، والشريف فى خلافيهما ، والشيرازى . ونصره المصنف ، والشارح .

قال الناظم : هذا أولى .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الإيضاح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم .

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، و إدراك الغاية ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وعنه : إباحتهما . اختاره أبو بكر . كالمضحى يقول « من شاء اقتطع » .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافى ، والبلغة .

وقيل : يكره فى العرس دون غيره .

وعنه : لا يعجبنى . هذا نهبة ، لا يأكله ولا يؤكله لغيره .

وعنه : أنه يحرم . كقول الإمام والأمير فى الغزو وفى الغنيمة « من أخذ شيئاً فهو له » ونحوه .

قوله ﴿ وَمَنْ حَصَلَ فِى حِجْرِهِ شَىْءٌ مِنْهُ : فَهُوَ لَهُ ﴾ .

وكذا من أخذ شيئاً منه فهو له . وهذا المذهب فيهما مطلقاً . جزم به فى الخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

وقيل : لا يملكه إلا بالقصد .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فائدة : يجوز للمسافرين خلط أزوادهم ليأكلوا جميعاً . وهو النهد ، على ماتقدم .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ إعْلاَنُ النِّكَاحِ وَالضَّرْبُ عَلَيْهِ بِالدُّفِّ ﴾ .

إعلان النكاح مستحب . بلا نزاع .

وكذا يستحب الضرب عليه بالدف . نص عليه . وعليه الأصحاب .

واستحب الإمام أحمد رحمه الله أيضاً : الصَّوْتَ فى العرس .

ونقل حنبل : لا بأس بالصوت والدف فيه .

قال فى الرعاية ــ فى باب بقية من تصح شهادته ــ و يباح الدف فى العرس . انتهى

تنبيه : ظاهر قوله « والضرب عليه بالدف » أنه سواء كان الضارب رجلا ، أو امرأة .

قال فى الفروع : وظاهر نصوصه ، وكلام الأصحاب : التسوية .

قيل له ـ فى رواية المروذى ـ ماترى الناس اليوم ، تحرك الدف فى إملاك ، أو بناء ، بلا غناء ؟ فلم يكره ذلك .

وقيل له ـ فى رواية جعفر ـ يكون فيه جرس ؟ قال : لا .

وقال المصنف : ضرب الدف مخصوص بالنساء .

قال فى الرعاية : ويكره للرجال مطلقا .

فائدتان

إحداهما : ضرب الدف فى نحو العرس ـ كالختان ، وقدوم الغائب ونحوهما ـ كالعرس . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يكره .

قال المصنف ، وغيره : أصحابنا كرهوا الدف فى غير العرس .

وكرهه القاضى ، وغيره : فى غير عرس وختان .

ويكره لرجل ، للتشبه .

قال فى الرعاية ، وقيل : يباح فى الختان .

وقيل : وكل سرور حادث .

الثانية : يحرم كل ملهاة ، سوى الدف ـ كزمار ، وطنبور ، ورباب ، وجَنْك ، وناى ، ومعزفة ، وسرناى ـ نص على ذلك كله .

وكذا الجفانة ، والعود .

قال فى المستوعب ، والترغيب : سواء استعملت لحزن ، أو سرور .

وسأله ابن الحكم عن النفخ فى القصبة كالمزمار ؟ فقال : أكرهه .

وفى تحريم الضرب بالقضيب وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وقدم فى الرعايتين والحاوى الصغير الكراهة .

وقال فى المغنى : لا يكره إلا مع تصفيق ، أو غناء أو رقص ، ونحوه .

وجزم ابن عبدوس ـ فى تذكرته ـ بالتحريم .

وكره الإمام أحمد رحمه الله : الطبل لغير حرب ، ونحوه .

واستحبه ابن عقيل فى الحرب . وقال : لتنهيض طباع الأولياء ، وكشف صدور الأعداء .

وكره الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ التغبير ، ونهى عن استماعه . وقال : هو بدعة . ومحدث .[1]

ونقل أبو داود : لا يعجبنى .

ونقل يوسف : لا يستمعه ؟ قيل : هو بدعة . قال : حسبك .

قال فى المستوعب : فقد منع الإمام أحمد رحمه الله من إطلاق اسم « البدعة » عليه ، ومن تحريمه . لأنه كشعر ملحن ، كالحداء للابل ، ونحوه[2] .

---

(١) التغبير : رفع الصوفية أصواتهم ـ مع الترنم والتطريب والرقص ـ بأشعار يزعمون أنها ترقق القلوب . قال الأزهرى : وروينا عن الإمام الشافعى رحمه الله أنه قال : أرى الزنادقة وضعوا هذا التغبير ليصدوا عن ذكر الله وقراءة القرآن .

(٢) ذكر الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية وابن الجوزى : أن التغبير بدعة . وذكرا ذلك عن الشافعى رضى الله عنه .

باب عشرة النساء

قوله ﴿ وَإِذَا تَمَّ الْعَقْدُ : وَجَبَ تَسْلِيمُ الْمَرْأَةِ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ إِذَا طَلَبَهَا . وَكَانَتْ حُرَّةً يُمْكِنُ الاسْتِمْتَاعُ بِهَا . وَلَمْ تَشْتَرِطْ دَارَهَا ﴾ .

متى كان يمكن وطؤها ، وطلبها الزوج ، وكانت حرة : لزم تسليمها إليه . على الصحيح من المذهب .

جزم به فى المذهب ، و مسبوك الذهب ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . واختاره المصنف ، وغيره .

وقال الإمام أحمد رحمه الله : تكون بنت تسع سنين .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والمنور ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

قال القاضى : هذا عندى ليس على سبيل التحديد والتضييق . وإنما هو للغالب .

فوائد

الأولى : لو كانت صغيرة نِضْوَة الخلقة ، وطلبها : لزم تسليمها . فلو خشى عليها : استمتع منها ، كالاستمتاع من الحائض .

ولا يلزم تسليمها مع مايمنع الاستمتاع بالكلية ، ويرجى زواله ، كإحرام ومرض وصغر . ولو قال « لا أطأ » وفى الحائض احتمالان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قلت : الصواب عدم لزوم التسليم . بل لو قيل : بالكراهة لاتجه . أو ينظر إلى قرينة الحال .

وجزم فى المغنى ـ فى باب الحال التى تجب فيها النفقة على الزوج ـ باللزوم . وكذلك ابن رزين فى شرحه ، والشارح فى كتاب النفقات .

الثانية : يقبل قول امرأة ثقة فى ضيق فرجها ، وقروح فيه ، وعبالة ذكره ـ يعنى : كبره ـ ونحو ذلك . وتنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة .

ولو أنكر أن وطئه يؤذيها : لزمتها البينة .

الثالثة : إذا امتنعت قبل المرض ، ثم حدث بها المرض : فلا نفقة لها .

قوله ﴿ وَإِنْ سَأَلَتِ الإِنْظَارَ : أُنْظِرَتْ مُدَّةً ، جَرَتِ الْعَادَةُ بِإِصْلَاحِ أَمْرِهَا فِيهَا ﴾ .

قال فى الفروع ، وغيره : لا لعمل جهاز . وهـذا هو المذهب . جزم به فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : تمهل ثلاثة أيام .

وقال الشيخ عبد القادر فى الغنية : إن استمهلت هى وأهلها : استحب له إجابتهم ، ما يعلم به التهيؤ من شراء جهاز وتزين .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً : لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهَا إِلاَّ بِاللَّيْلِ ﴾ .

يعنى مع الإطلاق . نص عليه .

فلو شرطه نهـاراً : وجب على السيد تسليمها ليلاً ونهاراً . وكذا لو بذله السيد بلا شرط عليه .

ولو بذله السيد ، وكان قد شرطه لنفسه : فوجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والفروع ، والزركشى .

أحدهما : يجب تسليمها . قدمه فى الرعاية الـكبرى . وصححه فى تصحيح المحرر .

والثانية : لا يجب . ويأتى حكم نفقتها ، فى كتاب النفقات .

فائدتان

إحداهما: ليس لزوج الأمة السفر بها.

وهل يملكه السيد بلا إذن الزوج، سواء صحبه الزوج، أو لا؟ فيه وجهان. وهما احتمالان في المغني، والشرح.

وأطلقهما في المغني، والشرح، والنظم، والفروع، والمحرر.

أحدهما: له ذلك من غير إذنه. على الصحيح. جزم به في المنور، والمجرد للقاضي. نقله المجد. وقدمه في الرعايتين.

والوجه الثاني: ليس له ذلك. صححه في تصحيح المحرر.

قال المجد: جزم به القاضي في التعليق.

وعليها ينبني: لو بوأها مسكناً ليأتيها الزوج فيه. هل يلزمه؟ قاله في الترغيب. وأطلق في الرعايتين الوجهين إذا بذل السيد لها مسكناً ليأتيها الزوج فيه.

الثانية: قوله ﴿ وَلَهُ الاسْتِمْتَاعُ بِهَا ﴾.

يعني: على أي صفة كانت. إذا كان في القبل، ولو من جهة عجيزتها، عند أكثر الأصحاب. وقطعوا به.

وذكر ابن الجوزي في كتاب السر المصون: أن العلماء كرهوا الوطء بين الأليتين. لأنه يدعو إلى الدبر. وجزم به في الفصول.

قال في الفروع: كذا قالا.

قوله ﴿ مَا لَمْ يَشْغَلْهَا عَنِ الْفَرَائِضِ، مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِهَا ﴾.

بلا نزاع. ولو كانت على التنور، أو على ظهر قَتَبٍ، كما رواه الإمام أحمد رحمه الله، وغيره[1].

---

(١) عن زيد بن أرقم رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم=

فائدة : قال أبو حفص ، والقاضى : إذا زاد الرجل على المرأة فى الجماع . صولح على شىء منه . وروى ـ بإسناده ـ عن ابن الزبير : أنه جعل لرجل أربعاً بالليل ، وأربعاً بالنهار .

وعن أنس بن مالك رضى الله عنه : أنه صالح رجلا استعدى على امرأة على ستة .

قال القاضى : لأنه غير مقدر ، فَقُدِّر . كما أن النفقة حق لها غير مقدرة . فيرجعان فى التقدير إلى اجتهاد الحاكم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فإن تنازعا فينبغى أن يفرضه الحاكم ، كالنفقة ، وكوطئه إذا زاد . انتهى .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب : خلاف ذلك ، وأنه يطأ مالم يشغلها عن الفرائض ، ومالم يضرها بذلك . ويأتى كلام الناظم ، والشيخ تقى الدين رحمه الله عند وجوب الوطء .

تنبيه : قوله ﴿ وَلَهُ السَّفَرُ بِهَا ، إلاَّ أَنْ تَشْتَرِطَ بَلَدَهَا ﴾ .

مراده : غير زوج الأمة . كما تقدم قريباً .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ وَطْؤُهَا فِى الْحَيْضِ ﴾ بلا نزاع .

وتقدم حكم وطئها وهى مستحاضة ، فى كتاب الحيض .

= « المرأة لا تؤدى حق الله حتى تؤدى حق زوجها كله . لو سألها وهى على ظهر قتب لم تمنعه نفسها » رواه الطبرانى بإسناد جيد . وعن طلق بن على رضى الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا دعا الرجل زوجته لحاجته فلتأته ، وإن كانت على التنور » رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن ، والنسائى وابن حبان فى صحيحه .

وفى النهاية لابن الأثير : وفى حديث عائشة « لا تمنع المرأة نفسها من زوجها ، وإن كانت على ظهر قتب » القتب للجمل كالإكاف لغيره .

قوله ﴿ وَلاَ فِي الدُّبُرِ ﴾ .

وهذا أيضاً بلا نزاع بين الأئمة . ولو تطاوعا على ذلك : فرق بينهما .

و يُعَذَّرُ العالم بالتحريم منهما . ولو أكرهها الزوج عليه نهى عنه . فإن أبى فرق بينهما . ذكره ابن أبى موسى وغيره .

وتقدم فى أواخر النكاح عند قوله « ولكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع البدن ولمسه » : « هل يجوز لها استدخال ذكر زوجها من غير إذنه وهو نائم ؟ » .

قوله ﴿ وَلاَ يَعْزِلُ عَنِ الْحُرَّةِ إِلاَّ بِإِذْنِهَا ، وَلاَ عَنِ الْأَمَةِ إِلاَّ بِإِذْنِ سَيِّدِهَا ﴾ .

وهذا هو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى البلغة ، والوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وصححه فى المغنى ، والشرح .

ومحل هذا : إذا لم يشترط حرية الأولاد . فأما إذا اشترط ذلك : فله العزل بلا إذن سيد الأمة .

وقيل : لا يباح العزل مطلقاً . وقيل : يباح مطلقاً .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها » أنه لا يعتبر إذنها هى . وهو صحيح ، وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ، وقدمه فى الرعايتين ، والفروع .

وقيل : يشترط إذنها أيضاً . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

قلت : وهو الصواب .

الثانى : أفادنا المصنف رحمه الله بقوله « إلا بإذن سيدها » جواز عزل السيد عن سريته بغير إذنها ، وإن لم يجز له العزل عن زوجته الأمة إلا بإذنها . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال ابن عقيل : يحتمل – من مذهبنا – أنه يعتبر إذنها .

قلت : وهو متجه . لأن لها فيه حقاً .

وذكر فى الترغيب : هل يستأذن أم الولد فى العزل ، أم لا ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْغُسْلِ مِنَ الْحَيْضِ وَالْجَنَابَةِ وَالنَّجَاسَةِ ، وَاجْتِنَابِ الْمُحَرَّمَاتِ ﴾ .

أما الحيض والجنابة إذا كانت بالغة ، واجتناب المحرمات : فله إجبارها على ذلك إذا كانت مسلمة . رواية واحدة . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تجبر على غسل الجنابة . ذكرها فى الرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

قلت : وهو بعيد جداً .

وأما غسل النجاسة : فله أيضاً إجبارها عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وفى المذهب رواية يملك إجبارها عليه .

قلت : وهو بعيد أيضاً .

قوله ﴿ إِلَّا الذِّمِّيَّةَ ، فَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى غُسْلِ الْحَيْضِ ﴾

وكذا النفاس . وهذا الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

وعنه : لا يملك إجبارها . فعليها : فى وطئه بدون الغسل : وجهان .

وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب الجواز . جزم به فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الرعايتين . فيعايى بها .

والوجه الثانى : لا يجوز .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أصح . وهو ظاهر كلامه فى المغنى . فإنه قال : وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، مسلمة كانت أو ذمية لأنه يمنع الاستمتاع الذى هو حق له .

فعلى المذهب فى أصل المسألة ــ وهو إجبارها ــ فى وجوب النية للغسل منه والتسمية ، والتعبد به لو أسلمت : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : وجوب ذلك .

والوجه الثانى : لا يجب ذلك .

قال فى الرعاية الكبرى ــ فى باب « صفة الغسل » ــ وفى اعتبار التسمية فى غسل الذمية من الحيض : وجهان . و يصح منها الغسل بلا نية . وخرج ضده . انتهى .

وقدم صحة الغسل بلا نية ابن تميم ، والقواعد الأصولية .

قلت : الصواب ماقدمه ، وأن التسمية لا تجب .

وتقدم فى أوائل الحيض شىء من ذلك . فليراجع .

وهل المنفصل من غسلها من الحيض والنفاس ظاهر ، لكونه أزال مانعاً ، أو طهور ، لأنه لم يقع قربة ؟ فيه روايتان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وابن عبيدان ، والفروع ، وكذلك صاحب الرعايتين ، والحاوى . وهما وجهان فى الحاوى الكبير . ذكروه فى كتاب الطهارة

إحداهما : هو طاهر غير مطهر .

قال فى الرعاية الـكبرى : الأولى جعله طاهراً غير طهور .

والثانية : هو طهور . قدمه ابن تميم ، وابن رزين فى شرحه ، فى كتاب الطهارة .

وقيل : إن لزمها الغسل منه بطلب الزوج ـ قال فى الرعاية : قلت : أو السيد ـ فطاهر . وإن لم يطلبه أحدهما ، أو طلبه ـ وقلنا : لا يجب ـ فطهور .

وأما المنفصل من غسلها من الجنابة ، فالصحيح من المذهب : أنه طهور . قدمه فى الرعايتين ، والفروع .

وصححه فى الحاويين فى كتاب الطهارة .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن عبيدان ، وابن رزين فى شرحه ، فى كتاب الطهارة : فطهور قولا واحداً .

وقيل : طاهر . وهو احتمال للمصنف .

قال فى الرعاية : وهو أولى . ثم قال ، قلت : إن وجب غسلها منه فى وجه : فطاهر ، وإلا فهو طهور .

قوله ﴿ وَفِى سَائِرِ الأَشْيَاءِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

يعنى : غير الحيض فى حق الذمية .

فدخل فى هذا الخلاف الذى حكاه : غسل الجنابة ، والنجاسة ، واجتناب المحرمات ، وأخذ الشعر الذى تعافه النفس . وإنما الروايتان فى الجنابة .

وفى أخذ الشعر والظفر : وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

أحدهما : له إجبارها على ذلك . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح وصححه فى تصحيح المحرر ، فى الغسل .

وجزم به فى الوجيز ، فى ذلك كله . وقدمه ابن رزين .

وقال فى الرعايتين : له إجبارها على غسل الجنــابة ، على الأصح ، كالحيض والنفاس والنجاسة ، وعلى ترك كل محرم ، وأخذ ما تعافه النفس من شعر وغيره .

قال الناظم : هذه الرواية أشهر وأظهر .

وجزم به فى الحاوى الصغير فى غير غسل الجنابة . وأطلقهما فى غسل الجنابة .

قال المصنف ، والشارح : له إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة . ذكره القاضى . وكذلك الأظفار . انتهيا .

والرواية الثانية : ليس له إجبارها على شىء من ذلك .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن طال الشعر والظفر : وجب إزالتهما ، وإلا فلا .

وقيل ، فى التنظيف ، والاستحداد : وجهان .

فائدتان

إحداهما : فى منعها من أكل ما له رائحة كريهة ـ كالبصل ، والثوم ، والكراث ونحوها ـ وجهان . وقيل : روايتان . وخرجهما ابن عقيل .

وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : تمنع . جزم به فى المنور . وصححه فى النظم ، وتصحيح المحرر . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : لا تمنع من ذلك . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

الثانية : تمنع الذمية من شربهــا مسكراً إلى أن تسكر . وليس له منعها من شربها منه مالا يسكرها . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وعنه : تمنع منه مطلقا .

وقال فى الترغيب : ومثله أكل لحم خنزير . و [لا] [1] تمنع من دخول بيعة ، وكنيسة .

ولا تكره على الوطء فى صومها ، نص عليه . ولا إفساد صلاتها وسنتها .

قوله ﴿ وَلَهَا عَلَيْهِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا لَيْلَةً مِنْ أَرْبَعِ لَيَالٍ ﴾ .

وهو من مفردات المذهب .

﴿ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَمِنْ كُلِّ ثَمَانٍ) .

يعنى إذا طلبتا ذلك منه لزم مبيت الزوج عند الأمة ليلة من كل ثمان ليال .

اختيار المصنف ، والشارح .

وجزم به فى التبصرة ، والعمدة .

وقال أصحابنا : من كل سبع . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . كما قاله المصنف .

وقال القاضى ، وابن عقيل : يلزمه من البيتوتة ما يزول معه ضرر الوحشة ، ويحصل منه الأنس المقصود بالزوجية ، بلا توقيت . فيجتهد الحاكم .

قلت : وهو الصواب .

وعنه : لا يلزم المبيت إن لم يقصد بتركه ضرراً .

قوله ﴿ وَلَهُ الانْفِرَادُ بِنَفْسِهِ فِيمَا بَقِىَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الفروع ، وغيره من الأصحاب .

قال الإمام أحمد رحمه الله : لا يبيت وحده . ما أحبُّ ذلك ، إلا أن يضطر .

وتقدم كلام القاضى ، وابن عقيل .

وقال فى الرعايتين ـ بعد أن حكى اختيار الأصحاب ، والمصنف ـ وقيل : حق الزوجة المبيت المذكور وحده . وينفرد بنفسه فيما بقى . إن شاء .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله.

قوله ﴿ وَعَلَيْهِ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مَرَّةً ، إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ ﴾

هذا المذهب ، بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال ناظم المفردات : هذا هو المشهور . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يرجع فيه إلى العرف . وهو من المفردات أيضاً .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : وجوب الوطء بقدر كفايتها . ما لم ينهك بدنه ، أو يشغله عن معيشته من غير تقدير بمدة . وهو من المفردات أيضاً .

وعنه : ما يدل على أن الوطء غير واجب إن لم يقصد بتركه ضرراً . اختاره القاضى .

ولم يعتبر ابن عقيل : قصد الإضرار بتركه للوطء .

قال : وكلام الإمام أحمد رحمه الله ، غالباً ما يشهد لهذا القول .

ولا عبرة بالقصد فى حق الآدمى .

وحمل كلام الإمام أحمد : فى قصد الإضرار على الغالب .

قال فى الفروع : كذا قال . فيلزمه أن لا فائدة فى الإيلاء .

وأما إن اعتبر قصد الإضرار : فالايلاء دل على قصد الإضرار . فيكفى ، وإن لم يظهر منه قصده . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : خرج ابن عقيل قولا : أن لها الفسخ بالغيبة المضرة بها ، وكما لو لم يكن مفقوداً ، كما لو كوتب ، فلم يحضر بلا عذر .

وقال المصنف فى المغنى — فى امرأة من علم خبره ، كأسير ، ومحبوس — : لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله . وإلا فلا ، إجماعا .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا إجماع .

و إن تعذر الوطء لعجز : فهو كالنفقة وأولى ، للفسخ بتعذره إجماعا فى الإيلاء وقاله أبو يعلى الصغير .

وقال أيضاً : حكمه كعنين . قال الناظم :

وقيل : يسن الوطء فى اليوم مرة　　وإلا ففى الأسبوع إن يتزيد

وليس بمسنون عليه زيادة　　سوى عند داعى شهوة أو تولد

قوله ﴿ وَإِنْ سَافَرَ عَنْهَا أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَطَلَبَتْ قُدُومَهُ : لَزِمَهُ ذَلِكَ . إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ ﴾ .

قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية حرب : قد يغيب الرجل عن أهله أكثر من ستة أشهر فيما لابد له منه .

قال القاضى : معنى هذا : أنه قد يغيب فى سفر واجب ـ كالحج ، والجهاد ـ فلا يحتسب عليه بتلك الزيادة . لأنه معذور فيها . لأنه سفر واجب عليه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فالقاضى جعل الزيادة على الستة الأشهر لا تجوز إلا لسفر واجب ، كالحج والجهاد ونحوهما .

[فشرطه أن يكون واجباً : ولو كان سنة أو مباحا أو محرماً ، كغريب زان ، وتشريد قاطع طريق . فإن كان مكروهاً فاحتمالان للأصحاب][1] .

وكلام الإمام أحمد رحمه الله : يقتضى أنه مما لابد له منه . وذلك يعم الواجب الشرعى ، وطلب الرزق الذى هو محتاج إليه . انتهى .

قلت : قد صرح الإمام أحمد رحمه الله بما قال .

فقال فى رواية ابن هانىء ـ وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر ـ ؟ قال : إذا كان فى حج ، أو غزو ، أو مكسب يكسب على عياله .

---

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

أرجو أن لا يكون به بأس ، إن كان قد تركها فى كفاية من النفقة لهـا ، ومحرم رجل يكفيها .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ ، ولَمْ يَكُنْ لَهُ عُذرٌ ، فَطَلَبَتِ الفُرْقَة : فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

ولو قبل الدخول . نص عليه .

يعنى : حيث قلنا بوجوب المبيت والوطء والقدوم ، وأبى ذلك من غير عذر .

وحيث قلنا : بعدم الوجوب . فليس لها ذلك مع امتناعه منه .

وهـذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . ونصره المصنف ، والشارح .

قال فى الترغيب : هو صحيح المذهب . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لايفرق بينهما .

قال فى المغنى والشرح : فظاهر قول أصحابنا : أنه لايفرق بينهما بذلك . وهو قول أكثر الفقهاء .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنها لو طلبت قدومه من السفر بعد ستة أشهر ، وأبى من القدوم : أن لها الفسخ . سواء قلنا : الوطء واجب عليه ، أم لا .

وهو أحد الوجهين . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : ليس لها الفسخ ، إلا إذا قلنا : بوجوب الوطء . وهو ظاهر ماجزم به فى تجريد العناية .

قلت : وهو بعيد جداً . وأطلقهما فى الفروع .

وقال ابن عقيل ـ فى المفردات ـ وقيل : قد يباح الفسخ .

وطلاق الحاكم لأجل الغيبة ، إذا قصد بها الإضرار ، بناء على ما إذا ترك الاستمتاع بها من غير يمين أكثر من أربعة أشهر .

فوائد

الأولى : قوله ﴿ وَيُسْتَحبُّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْجِمَاعِ : بِسْمِ اللهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنِي الشَّيْطَانَ ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَارَزَقْتَنِي ﴾ بلا نزاع .

لحديث ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ الذى فى الصحيحين .

قلت : قد روى ابن أبى شيبة فى مصنفه ، عن ابن مسعود رضى الله عنه موقوفاً « أنه إذا أنزل يقول : اللهم لا تجعل للشيطان فيما رزقتنى نصيباً » .

فيستحب أن يقول ذلك عند إنزاله . ولم أره للأصحاب . وهو حسن .

وقال القاضى فى الجامع : يستحب ـ إذا فرغ من الجماع ـ أن يقرأ (٢٥:٥٤ وهو الذى خلق من الماء بشراً) .

قال : وهذا على بعض الروايات التى تجوز للجنب أن يقرأ بعض آية . ذكره أبو حفص .

واستحب بعض الأصحـاب أن يحمد الله عقب الجماع . قاله ابن رجب فى تفسير الفاتحة .

قلت : وهو حسن .

وقال القاضى محب الدين بن نصر الله : هل التسمية مختصة بالرجل ، أم لا ؟ لم أجده . والأظهر عدم الاختصاص . بل تقوله المرأة أيضاً . انتهى .

قلت : هو كالمصرح به فى الصحيحين ، أن القائل :هو الرجل . وهو ظاهر كلام الأصحاب . والذى يظهر : أن المرأة تقوله أيضاً .

الثانية : يستحب تغطية رأسه عند الوقاع ، وعند الخلاء . ذكره جمـاعة ، وأن لا يستقبل القبلة .

وقيل : يكره استقبالها .

وقال القاضى فى الجامع ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم : يستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها للزوج بعد فراغه من جماعها .

قال أبو حفص : ينبغى أن لا تظهر الخرقة بين يدى امرأة من أهل دارها . فإنه يقال : إن المرأة إذا أخذت الخرقة وفيها المنى ، فتمسحت بها : كان منها الولد .

وقال الحلوانى فى التبصرة : ويكره أن يمسح ذكره بالخرقة التى تمسح بها فرجها . وعكسه .

وقال القاضى فى الجامع : قال أبو الحسن بن العطار — فى كتاب أحكام النساء — ويكره نخرها عند الجماع ، وحال الجماع ، ولا نخره ، وهو مستثنى من الكراهة . فى غيره .

وقال مالك : لا بأس بالنخر عند الجماع ، وأراه سفهاً فى غير ذلك . يعاب على فاعله .

وقال معن بن عيسى : كان ابن سيرين وعطاء ومجاهد : يكرهون النخر عند الجماع .

وقال عطاء : من انفلتت منه نخرة فليكبر أربع تكبيرات .

وقال مجاهد : لما أهبط الله إبليس إلى الأرض أنَّ ونخر ، فلعن من أنَّ ونخر . إلا ما أرخص فيه عند الجماع .

وسئل نافع بن جبير بن مطعم رضى الله عنه عن النخر عند الجماع ؟ فقال : « أما النخر : فلا . ولكن يأخذنى عند ذلك حمحمة كحمحمة الفرس » .

وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما يرخص فى النخر عند الجماع .

وسألت امرأة عطاء بن أبى رباح . فقالت : إن زوجى يأمرنى أن أنخر عند الجماع ؟ فقال لها : أطيعى زوجك .

وعن مكحول : لعن رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام « الناخر والناخرة إلا عند الوقاع » ذكر ذلك أبو بكر فى أحكام الوطء .

تنبيه : قوله ﴿ وَلَا يَنْزِعُ إِذَا فَرَغَ قَبْلَهَا حَتَّى تَفْرُغَ ﴾ .

يعني : أنه يستحب ذلك ، فلو خالف كره له .

الثالثة : يكره الجماع وهما متجردان . بلا نزاع .

قال فى الترغيب ، والبلغة : لاسترة عليهما . لحديث رواه ابن ماجه (١) .

تنبيه : قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ الْوُضُوءُ عِنْدَ مُعَاوَدَةِ الْوَطْءِ ﴾ .

وتقدم حكم ذلك والخلاف فيه فى آخر باب الغسل .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ زَوْجَتَيْهِ فِي مَسْكَنٍ وَاحِدٍ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية ، والفروع .

وقيل : يحرم مع اتحاد المرافق ، ولو رضيتا .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الترغيب : وإن أسكنهما فى دار واحدة ، كل واحدة منهما فى بيت : جاز . إذا كان فى مسكن مثلها .

فائدة : قال فى الفروع : ظاهر كلام الأصحاب : المنع من جمع الزوجة والسرية إلا برضا الزوجة . كما لو كانا زوجتين . لثبوت حقها ، كالاجتماع ونحوه . والسرية لا حق لها فى الاجتماع . قال : وهذا متجه .

قلت : وهو أولى بالمنع .

قوله ﴿ وَلَا يُجَامِعُ إِحْدَاهُمَا بِحَيْثُ تَرَاهُ الْأُخْرَى ﴾ .

---

(١) روى عتبة بن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ، ولا يتجرد تجرد العير » ، كذا فى كشاف القناع .

يحتمل أن يكون مراده : أن ذلك مكروه . وهو الصحيح من المذهب .
جزم به فى الرعايتين . وقدمه فى الفروع .

ويحتمل أن يكون مراده : أن ذلك محرم . ولو رضيتا به . وهو اختيار المصنف ، والشارح . وقطعا به فى المغنى ، والشرح .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَلَا يُحَدِّثُهَا بِمَا جَرَى بَيْنَهُمَا ﴾ بلا نزاع .

لكن يحتمل أن يكون مراده : أن ذلك مكروه . وهو المذهب .
جزم به فى الرعايتين . وقدمه فى الفروع .

ويحتمل أن يكون مراده : التحريم .

وقطع به الشيخ عبد القادر فى الغنية ، والأدمى البغدادى فى كتابه .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب أيضاً .

فائدة : قال فى أسباب الهداية : يحرم إفشاء السر .

وقال فى الرعاية : يحرم إفشاء السر المضر .

قوله ﴿ وَلَهُ مَنْعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ عَنْ مَنْزِلِهِ ﴾ .

بلا نزاع . من حيث الجملة .

ويحرم عليها الخروج بلا إذنه . فإن فعلت فلا نفقة لها إذن .

ونقل أبو طالب : إذا قام بحوائجها ، وإلا فلا بد لها .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن حبسته امرأته لحقها ـ : إن خاف خروجها بلا إذنه ، أسكنها حيث لا يمكنها الخروج . فإن لم يكن له من يحفظها غير نفسه : حبست معه . فإن عجز ، أو خيف حدوث شر : أسكنت فى رباط ونحوه . ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقاً لله ، يجب على ولى الأمر رعايته

قوله ﴿ فَإِنْ مَرِضَ بَعْضُ مَحَارِمِهَا ، أَوْ مَاتَ : اسْتُحِبَّ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لَهَا فِى الْخُرُوجِ إِلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب البلغة ، والرعايتين ، والوجيز ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع .

وقال ابن عقيل : يجب عليه أن يأذن لها لأجل العيادة .

تنبيهان

أحدهما : دلّ كلام المصنف ـ بطريق التنبيه ـ على أنها لا تزور أبويها . وهو المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وقيل : لها زيارتهما . ككلامهما .

الثانى : مفهوم قوله « فإن مرض بعض محارمها ، أو مات » أنه لو مرض أو مات غير محارمها من أقاربها : أنه لا يستحب أن يأذن لها فى الخروج إليه .

وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى البلغة . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يستحب له أن يأذن لها أيضاً .

قلت : وهو حسن . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

فوائد

الأولى : لا يملك الزوج منع أبويها من زيارتها . على الصحيح من المذهب قال فى الفروع ، والرعايتين : ولا يملك منعهما من زيارتها فى الأصح . وجزم به فى الحاوى الصغير .

وقيل : له منعهما .

قلت : الصواب فى ذلك : إن عرف بقرائن الحال : أنه يحدث بزيارتهما ـ أو أحدهما ـ له ضرر : فله المنع . وإلا فلا .

الثانية : لا يلزمها طاعة أبويها فى فراق زوجها ، ولا زيارة ونحوها . بل طاعة زوجها أحق .

الثالثة : ليس عليها عجن ، ولا خبز ، ولا طبخ ، ونحو ذلك . على الصحيح من المذهب نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

وقال الجوزجانى : عليها ذلك .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجب عليها المعروف من مثلها لمثله .

قلت : الصواب أن يرجع فى ذلك إلى عرف البلد .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله : الوجوب ، من نصه على نكاح الأمة لحاجة الخدمة .

قال فى الفروع : وفيه نظر . لأنه ليس فيه وجوب الخدمة عليها .

الرابعة : قوله ﴿ وَلاَ تَمْلِكُ الْمَرْأَةُ ﴾ ولا وليها ، أو سيدها ﴿ إِجَارَةَ نَفْسِهَا لِلرَّضَاعِ وَالْخِدْمَةِ ، بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا ﴾ بلا نزاع .

لكنه لو تزوجها بعد أن أجرت نفسها للرضاع : لم يملك الفسخ مطلقاً على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يملكه إن جهله .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن تزوجت بآخر ، فله منعها من إرضاع ولدها من الأول . مالم يضطر إليها .

قلت : ويكون الأول استأجرها للرضاع . انتهى .

الخامسة : يجوز له وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقاً . على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له ذلك إن أضر الوطء باللبن .

قال فى الرعاية الكبرى : وللزوج الثانى وطؤها مالم يفسد اللبن . فإن أفسد فللمستأجر الفسخ . والأشهر تحريم الوطء .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ إِرْضَاعِ وَلَدِهَا ، إلاَّ أَنْ يُضْطَرَّ إلَيْها وَيُخْشَى عَلَيْهِ ﴾ .

إن كان الولد لغير الزوج ، فله منعها من إرضاعه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه . نص عليه .

وجزم به فى المغنى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

ونقل مهنا : لها ذلك إذا شرطته عليه .

وإن كان الولد منهما : فظاهر كلام المصنف هنا : أن له منعها ، إذا انتفى الشرطان وهى فى حباله . وهو أحد الوجهين . ولفظ الخرقى يقتضيه .

وهو ظاهر كلام القاضى ، والوجيز هنا ، لخدمته . نص عليها .

والوجه الثانى : ليس له منعها . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ويحتمله كلام الخرقى .

وجزم به المصنف فى هذا الكتاب ، فى أول الفصل الأول من « باب نفقة الأقارب والمماليك » فقال « وليس للأب منع المرأة من إرضاع ولدها إذا طلبت ذلك » .

وجزم به هناك فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قلت : يحتمل أن يحمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان الولد لغير الزوج .

وأما إذا كان له : فقد ذكره فى « باب نفقة الأقارب » فيكون عموم كلامه هنا مقيد بما هناك . وهو أولى ، وأطلقهما هنا فى الشرح .

ويأتى ذلك فى « باب نفقة الأقارب » بأتم من هذا .

تنبيهان

أحدهما : مراده بقوله ﴿ وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُساوِي بَيْنَ نِسائِهِ فِي الْقَسْمِ ﴾ .

غير الزوج الطفل . وهو واضح .

الثانى : ظاهر قوله « وَعَلَيْهِ أَنْ يُساوِى بَيْنَ نِسائِهِ فِي الْقَسْمِ » .

أنه لا يجب عليه التسوية فى النفقة والكسوة ، إذا كفى الأخرى . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجب عليه التسوية فيهما أيضاً .

وقال : لما علل القاضى عدم الوجوب بقوله « لأن حقهن فى النفقة والكسوة والقسم ، وقد سوى بينهما . وما زاد على ذلك فهو متطوع . فله أن يفعله إلى من شاء » قال : موجب هذه العلة : أن له أن يقسم للواحدة ليلة من أربع . لأنه الواجب . ويبيت الباقى عند الأخرى . انتهى .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : لا بأس بالتسوية بينهن فى النفقة ، والكسوة .

فائدة : قوله « وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه فى القسم » .

وهذا بلا نزاع . لكن يكون فى المبيت ليلة ، وليلة فقط ، إلا أن يرضين بالزيادة عليها . هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . منهم القاضى فى الجامع .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وغيره : له أن يقسم ليلتين ليلتين ، وثلاثاً ثلاثاً ، ولا تجوز الزيادة إلا برضاهن . لأن الثلاث فى حد القلة ، فهى كالليلة الواحدة . لكن

الأولى ليلة وليلة . قدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى المستوعب ، والبلغة .

وأطلقهما الزركشى .

تنبيه : قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ الْبُدَاءَةُ بِإِحْدَاهُنَّ ، وَلاَ السَّفَرُ بِهَا ، إلاَّ بِقُرْعَةٍ ﴾ .

يستثنى من ذلك : إذا رضى الزوجات بسفر واحدة معه . فإنه يجوز بلا قرعة

نعم : إذا لم يرض الزوج بها ، وأراد غيرها : أقرع .

قوله ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ فِى الْوَطْءِ . بَلْ يُسْتَحَبُّ ﴾ .

وقد قال الإمام أحمد رحمه الله ، فى الجماع : لا ينبغى أن يدعه عمداً ، يبقى نفسه لتلك ؟ .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَيقسِمُ لِزَوْجَتِهِ الأَمَةِ لَيْلَةً ، وَلِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً ﴾ بلا نزاع .

ويقسم للمعتق بعضها بالحساب . قاله الأصحاب .

الثانية : لو عتقت الأمة فى نوبتها ، أو فى نوبة حرة مسبوقة : فلها قسم حرة . ولو عتقت فى نوبة حرة سابقة . فقيل : يتم للحرة على حكم الرق . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والزبدة . وصححه فى تصحيح المحرر .

وقيل : يستويان بقطع أو استدراك .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وقال فى المغنى ، والشرح : إن عتقت فى ابتداء مدتها : أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى .

وإن كان بعد انقضاء مدتها : استأنف مدة القسم متساويا ، ولم يقض لها مامضى . لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها .

وإن عتقت ، وقد قسم للحرة ليلة : لم تزد على ذلك . لأنهما تساويا . انتهيا .

ومعناه فى الترغيب ، وزاد : إن عتقت بعد نوبتها : بدأ بها أو بالحرة .

وقال فى الكافى : وإن عتقت الأمة فى نوبتها أو قبلها : أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى .

وإن عتقت بعد مدتها : استأنف القسم متساويا .

تنبيه : هكذا عبارة صاحب الرعايتين ، والفروع .

أعنى : أن الأمة إذا عتقت فى نوبة حرة مسبوقة : لها قسم حرة . وإذا عتقت فى نوبة حرة سابقة : فيها الخلاف .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولأمة عتقت فى نوبة حرة سابقة : كقسمها . وفى نوبة حرة مسبوقة : يتمها على الرق .

بعكس ما قال فى الرعايتين ، والفروع .

وجعل لها إذا عتقت فى نوبة حرة سابقة : قسم حرة . وإذا عتقت فى نوبة حرة مسبوقة : أن يتمها على الرق .

ورأيت بعض من تقدم صوبه .

وأصل ذلك : ما قاله فى المحرر .

فإنه قال : وإذا عتقت الأمة فى نوبتها ، أو فى نوبة الحرة ، وهى المتقدمة : فلها قسم حرة . وإن عتقت فى نوبة الحرة ، وهى المتأخرة : فوجهان .

فابن حمدان ، وصاحب الفروع : جعلا قوله « وهى المتقدمة » «وهى المتأخرة» عائداً إلى الأمة ، لا إلى الحرة .

وجعله ابن عبدوس : عائداً إلى الحرة ، لا إلى الأمة .

وكلامه محتمل فى بادى الرأى .

وصوب شارح المحرر : أن الضمير فى ذلك عائد إلى « الحرة » كما قاله ابن عبدوس وخَطَّأ ماقاله فى الرعايتين ، والفروع .

وكتب القاضى محب الدين بن نصر الله البغدادى ـ قاضى قضاة مصر ـ كراسة فى الـكلام على قول المحرر ذلك .

وقال فى حواشى الفروع : قول الشارح أقرب إلى الصواب .

فائدة : يطوف بمجنون مأمون وليُّه وجوباً . ويحرم تخصيص بإفاقته .

وإن أفاق فى نوبة واحدة : ففى قضاء يوم جنونه للأخرى وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب القضاء . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قوله ﴿ وَيَقْسِمُ لِلْحَائِضِ وَالنُّفَسَاءِ وَالْمَرِيضَةِ وَالْمَعِيبَةِ ﴾ .

وكذا من آلى منها أو ظاهر ، والمحرِمة ، ومن سافر بها بقرعة ، والزمنة ، والمجنونة المأمونة . نص على ذلك .

وأما الصغيرة : فقال المصنف ، والشارح : إن كانت توطأ قسم لها . وهو أحد الوجهين .

وقيل : إن كانت مميزة قسم لها ، وإلا فلا .

واقتصر عليه فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعايتين ، والحاوى الصغير وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ فَإِنْ دَخَلَ فِي لَيْلَتِهَا إِلَى غَيْرِهَا : لَمْ يَجُزْ إِلَّا لِحَاجَةٍ دَاعِيَةٍ . فَإِنْ لَمْ يَلْبَثْ عِنْدَهَا : لَمْ يَقْضِ . وَإِنْ لَبِثَ ، أَوْ جَامَعَ : لَزِمَهُ أَنْ يَقْضِيَ لَهَا مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْأُخْرَى ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لايقضى وطئاً فى الزمن اليسير . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال فى الترغيب : فيمن دخل نهاراً لحاجة ، أو لبث : وجهان .

تنبيه : ظاهر قوله « أو جامع لزمه أن يقضى » أنه لو قبّل أو باشر، ونحوه : لايقضى . وهو أحد الوجهين . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يقضى ، كما لو جامع .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والنظم ، والفروع ، والمغنى ، والشارح .

فائدتان

إحداهما : يجوز له أن يقضى ليلة صيف عن ليلة شتاء ، وعكسه . على الصحيح من المذهب .

وقال فى الترغيب ، والبلغة : لايقضى ليلة صيف عن شتاء . انتهى .

ويقضى أول الليل عن آخره ، وعكسه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يتعين مثل الزمن الذى فوته فى وقته .

الثانية : له أن يأتى نساءه ، وله أن يدعوهن إلى منزله . فإن امتنع أحد منهن سقط حقها . وله دعاء البعض إلى منزله ويأتى إلى البعض . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يدعو الكل ، أو يأتى الكل .

فعلى هذا : ليست الممتنعة ناشزاً . انتهى .

والحبس كغيره ، إلا أنه إن دعاهن : لم يلزم ، ما لم يكن سكن مثلهن .

قوله ﴿ وَمَتَى سَافَرَ بِقُرْعَةٍ : لَمْ يَقْضِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب مطلقا .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وجزم به فى المحرر ، والحاوى ، فى غير سفر النقلة . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع .

وقيل : يقضى مطلقا .

وقيل : يقضى فى سفر النقلة دون غيره .

وأطلق فى المحرر ، والحاوى الصغير ، فى القضاء فى سفر النقلة : الوجهين .

وقيل : يقضى فى السفر القريب دون البعيد . على ما يأتى .

فائدة : يقضى ما تخلله السفر، أو ما يعقبه من الإقامة مطلقا . على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والترغيب : إن أقام فى بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة ، فما دون : لم يقض . وإن زاد : قضى الجميع .

وقال فى المغنى ، والشرح أيضاً : إن أزمع على المقام قضى ما أقامه ، وإن قل .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وغيره : أن حكم السفر القصير حكم السفر الطويل . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال القاضى : ويحتمل أن لا يقضى للبواقى فى السفر القصير . وهما وجهان مطلقان فى البلغة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ : لَزِمَهُ الْقَضَاءُ لِلْأُخْرَى ﴾ .

يعنى مدة غيبته ، إذا لم ترض الضرة بسفرها . وهذا المذهب مطلقا . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

واختار المصنف ، والشارح : أنه لايقضى زمن سيره .

قال فى تجريد العناية : لايقضى زمن سيره فى الأظهر .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ امْتَنَعَتْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، أَوْ مِنَ الْمبِيتِ عِنْدَهُ ، أَوْ سَافَرَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ : سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْقَسْمِ ﴾ .

أنه لايسقط حقها من النفقة . وهو قول فيما إذا كان يطؤها .

والصحيح من المذهب : سقوط حقها من النفقة أيضاً .

وجزم به المصنف فى هذا الكتاب فى أواخر الفصل الثانى من كتاب النفقات وجزم به الخرقي ، والزركشي ، فيما إذا كانت قد سافرت بغير إذنه .

ويأتى هذا هناك إن شاء الله تعالى .

وكلام المصنف هنا فى القسم . لأنه بصدده .

قوله ﴿ وَإِنْ سَافَرَتْ لِحَاجَتِهَا بِإِذْنِهِ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، ومسبوك الذهب .

أحدهما : سقوط حقها من القسم والنفقة . وهو المذهب .

صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى ، والخرقى فى بعض النسخ .

واختاره القاضى ، والمصنف .

وقدمه فى المغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يسقطان . وجزم به فى الوجيز . ذكره فى مكانين منه .

وقيل : يسقط القسم وحده . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

واختاره ابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهن الزركشى . وفى تجريد العناية .

ويأتى فى « كتاب النفقات » فى كلام المصنف « هل تجب لها النفقة إذا سافرت لحاجتها بإذنه ، أم لا ؟ »

قوله ﴿ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَهَبَ حَقَّهَا مِنَ الْقَسْمِ لِبَعْضِ ضَرَائِرِهَا بِإِذْنِهِ وَلَهُ ، فَيَجْعَلَهُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب .

وهو ظاهر ماجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمغنى ، والشرح .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى ، وغيرهم .

وذكر جماعة : يشترط فى الأمة إذن السيد ، لأن ولدها له .

قال المصنف ، والقاضى : هذا قياس المذهب ، كالعزل .

وقال فى الترغيب : لو قالت له المرأة « خص بها من شئت » لأشبه : أنه لا يملكه . لأنه لا يورث الغيظ ، بخلاف تخصيصها واحدة .

فائدتان

إحداهما : لا تصح هبة ذلك بمال . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى ، والفروع ، وغيرهما من الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : القياس فى المذهب : جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها ، من القسم وغيره .

ووقع فى كلام القاضى ما يقتضى جوازه .

الثانية : لا يجوز له نقل ليلة الواهبة لتلى ليلة الموهوبة . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم ، وصححه فى النظم ، وغيره .

وقيل : له ذلك . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والزبدة .

[وقيل : إن وهبته له : جاز ، ولهن : لم يجز . والمراد فيهما : إلا بإذنهما معها ، أو بإذن من عليها فيه تطويل فى الزمن ، دون غيرها . وهو أظهر][1] .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والبلغة ، والمحرر .

فعلى الوجه الثانى : لو وهبت رابعة ليلتها لثانية ، فقيل : يطأ ثانية ، ثم أولى ثم ثانية ، ثم ثالثة .

وقيل له : وطء الأولى أولا ، ثم يوالى الثانية ليلتها وليلة الرابعة . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَمَتَى رَجَعَتْ فِى الْهِبَةِ عَادَ حَقُّهَا ﴾ .

ولو كان رجوعها فى بعض ليلتها . وهو صحيح . لكن لا يقضيها إن علم بعد تتمة الليلة . قاله فى الفروع وغيره .

قلت : ويتخرج أنه يقضيها . وله نظائر .

فوائد

الأولى : يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما ليمسكها . ولها الرجوع . لأن حقها يتجدد شيئاً فشيئاً .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقال ابن القيم فى الهدى : لزم ذلك ولا مطالبة . لأنها معاوضة ، كما لو صالح فيما عليه من الحقوق ، والأموال ، ولما فيه من العداوة . ومن علامة المنافق « إذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا ائتمن خان ، وإذا حدث كذب » انتهى . قاله فى الفروع . كذا قاله .

الثانية : لو قسم لاثنتين من ثلاث . ثم ترتب له رابعة — إما بعود فى هبة ، أو رجوع عن نشوز ، أو بنكاح [أو رجعة ، أو بلوغ زمن وطء ، أو زوال حيض أو نفاس ، أو استحاضة ، أو مانع من وطء حساً ، أو شرعاً ، أو عرفاً ، أو عادة][1] — وفاها حق العقد . ثم جعل ربع الزمن من القدر المستقبل للرابعة منهن ، وثلاثة أرباعه للثالثة حتى يكمل حقها . ثم يستأنف التسوية .

الثالثة : لو بات ليلة عند إحدى امرأتيه ، ثم نكح ثالثة : وفاها حق العقد ثم ليلة للمظلومة . ثم نصف ليلة للثالثة . ثم يبتدىء .

هذا المذهب . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : إذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية . فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة نصف ليلة . ثم يبتدىء القسم .

وذكر القاضى : أنه إذا وفَّى الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ماحصل لكل واحدة من ضرتيها .

قال المصنف ، والشارح : وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة . وفيه حرج .

قال فى الفروع — بعد أن قدم قول القاضى — واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله لا يبيت نصفها . بل ليلة كاملة . لأنه حرج .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقال فى الترغيب : لو أبان المظلومة ، ثم نكحها ـ وقد نكح جديدات ـ تعذر القضاء .

الرابعة : قوله ﴿ وَلاَ قَسْمَ عَلَيْهِ فِي مِلْكِ يَمِينِهِ . وَلَهُ الاسْتِمْتَاعُ بِهِنَّ كَيْفَ شَاءَ . وَتُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

لكن قال صاحب المحرر وغيره : يساوى فى حرمانهن .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ أَحَبَّتْ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهَا سَبْعًا : فَعَلَ ، وَقَضَى لِلْبَوَاقِي ﴾ .

أن الخيرة لها . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطعوا به . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى .

وقيل : أو أحب هو أيضاً .

قوله « فعل وقضى للبواقى » يعنى : سبعاً سبعا . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الروضة : يقضى للبواقى من نسائه الفاضل عن الأيام الثلاثة .

تنبيه : ظاهر كلامه ، وكلام غيره : أنه لا فرق فى ذلك بين الحرة والأمة . فيقسم للأمة البكر سبعا . وللثيب ثلاثا كالحرة . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : للأمة نصف الحرة . وأطلقهما فى الرعاية .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتَانِ : قَدَّمَ السَّابِقَةَ مِنْهُمَا ﴾ .

يعنى : الأولى دخولا منهما . وقطع به الأصحاب .

لكن فعل ذلك مكروه بلا خلاف .

قوله ﴿ فَإِنْ زُفَّتَا مَعًا : قَدَّمَ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً ، مع الكراهة لهذا الفعل . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى التبصرة : يبدأ بالسابقة بالعقد ، وإلا أقرع بينهما .

قال فى تجريد العناية : فإن زفتا فسابقة بمجىء . وقيل : بعقد ، ثم قرعة .

فالظاهر من كلام صاحب التبصرة : أنه يشمل ما إذا زفت واحدة بعد واحدة ، أو زفتا معاً .

وهو ظاهر كلامه فى تجريد العناية . وهو بعيد .

فالظاهر : أن مرادهما إذا زفتا معاً لا غير .

قوله ﴿ وَإِذَا أَرَادَ السَّفَرَ ، فَخَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِإِحْدَاهُمَا . سَافَرَ بِهَا . وَدَخَلَ حَقُّ الْعَقْدِ فِى قَسْمِ السَّفَرِ . فَإِذَا قَدِمَ بَدَأَ بِالْأُخْرَى ، فَوَفَّاهَا حَقَّ الْعَقْدِ ﴾ .

هذا المذهب فيهما .

قال فى الفروع : فيقضيه للأخرى ـ فى الأصح ـ بعد قدومه .

قال فى تجريد العناية : هذا الأصح . وجزم به فى البلغة ، والوجيز . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

وقيل : لا يقضى للأخرى شيئاً إذا قدم .

وهو احتمال فى الهداية . وقدمه فى تجريد العناية .

وقيل : لا يحتسب على المسافرة معه بمدة سفرها ، فيوفيها إذا قدم .

قال الشارح : وهذا أقرب للصواب .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِذَا طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ فِي لَيْلَتِهَا : أَثِمَ . فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدُ : قَضَى لَهَا لَيْلَتَهَا ﴾ .

أنه يقضى لها ليلتها ولو كان قد تزوج غيرها بعد طلاقها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال فى الترغيب : لو أبان المظلومة ثم نكحها ـ وقد نكح جديدات ـ تعذر القضاء ، كما قد تقدم آنفاً .

قوله : ﴿ فَصْلٌ فِى النّشُوزِ ﴾

﴿ وَهُوَ مَعْصِيَتُهَا إِيَّاهُ فِيمَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهَا . وَإِذَا ظَهَرَ مِنْهَا أَمَارَاتُ النشُوزِ ، بِأَنْ لا تُجِيبَهُ إِلَى الاسْتِمتَاعِ ، أَو تُجِيبهُ مُتَبَرِّمَةً مُتَكَرِّهَةً : وَعَظَهَا ﴾ .

بلا نزاع فى ذلك .

قوله ﴿ فَإِنْ أَصرتْ : هَجرهَا فِى الْمَضْجَعِ مَا شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وجزم فى التبصرة ، والغنية ، والمحرر : بأنه لا يهجرها فى المضجع إلا ثلاثة أيام .

قوله ﴿ وَفِى الكَلامِ : فِيمَا دُونَ ثَلاثَةِ أَيامٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الواضح : يهجرها فى الفراش . فإن أضاف إليه الهجر فى الكلام ودخوله وخروجه عليها : جاز .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ فَإِنْ أَصَرَّتْ : فَلَهُ أَنْ يَضْرِبهَا ضَرباً غَيرَ مُبَرِّحٍ ﴾

أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها فى الفراش ، وتركها من الكلام . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه : له ضربها أولا . يعنى : من حين نشوزها .

قال الزركشى : تقدير الآية الكريمة عند أبى محمد على الأول (٤ : ٣٤ واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن) فإن نشزن (فاهجروهن) فإن أصررن (فاضربوهن) وفيه تعسف .

قال : ومقتضى كلام أبى البركات وأبى الخطاب : أن الوعظ والهجران والضرب ـ على ظهور أمارات النشوز ـ على جهة الترتيب .

قال المجد : إذا بانت أماراته زجرها بالقول ، ثم هجرها فى المضجع والكلام دون ثلاث ، ثم يضرب غير مبرح .

قال الزركشى : وهو ظاهر الآية . والواو وقعت للترتيب .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ فَلَهُ أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ ﴾ .

قال الأصحاب : عشرة . فأقل .

قال فى الانتصار : وضربها حسنة .

قال الإمام أحمد رحمه الله : لا ينبغى سؤاله لم ضربها ؟ .

[ولا يتركه عن الصبى لإصلاحه له فى القول الأول . وقياسهما : العبد ، والدابة ، والرعية ، والمتعلم ، فيما يظهر][1] .

قال فى الترغيب ، وغيره ، الأولى : ترك السؤال ، إبقاء للمودة [والأولى : أن يتركه عن الصبى لإصلاحه . انتهى .

فالضمير فى « تركه » عائد إلى الضرب فى كلامه السابق . ويدل عليه قوله بعده فيه « والأولى أن يتركه عن الصبى » .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقد جعله بعضهم عائداً إلى السؤال عن سبب الضرب . وهو بعيد .

والموقع له فى ذلك ذكر الفروع فيه لـكلام الترغيب وغيره ، عقب قول الإمام أحمد رحمه الله « ولا ينبغى سؤاله لم ضربها ؟][1] .

الثانية : لا يملك الزوج تعزيرها فى حق الله تعالى . قدمه فى الفروع .

نقل مهنا : هل يضربها على ترك زكاة ؟ قال : لا أدرى .

قال فى الفروع : وفيه ضعف . لأنه نقل عن الإمام أحمـد رحمه الله : أنه يضربها على فرائض الله . قاله فى الانتصار .

وذكر غيره : أنه يملـكه .

قلت : قطع فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما : بجواز تأديبها على ترك الفرائض فقالا : له تأديبها على ترك فرائض الله .

وسأل إسماعيل بن سعيد الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ عمـا يجوز ضرب المرأة عليه ؟ فقال : على فرائض الله .

وقال ـ فى الرجل : له امرأة لا تصلى ـ يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح .

وقال الإمام أحمد رحمه الله : أخشى أنه لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ، ولا تغتسل من الجنابة ، ولا تتعلم القرآن .

قوله ﴿ فَإِنِ ادَّعَى كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ظُلْمَ صَاحِبِهِ لَهُ : أَسْكَنَهُمَا الْحَاكِمُ إِلَى جَانِبِ ثِقَةٍ ، لِيُشْرِفَ عَلَيْهِمَا ، وَيُلْزِمَهُمَا الْإِنْصَافَ ﴾ .

قال فى الترغيب ـ واقتصر عليه فى الفروع ـ يكشف عنهما كما يكشف عن عدالة وإفلاس ، من خبرة باطنة . انتهى .

إذا علمت ذلك : فالصحيح من المذهب ـ وعليه أكثر الأصحاب ـ أن الإسكان إلى جانب ثقة : قبل بعث الحكمين . كما قطع به المصنف هنا .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وإدراك الغاية : وتجريد العناية ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع .

ولم يذكره الخرقى ، والقدماء .

ومقتضى كلامهم : أنه إذا وقعت العداوة ، وخيف الشقاق : بعث الحكمان ، من غير إسكان إلى جانب ثقة .

قوله ﴿ فَإِنْ خَرَجَا إِلَى الشِّقَاقِ وَالْعَدَاوَةِ : بَعَثَ الْحَاكِمُ حَكَمَيْنِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ عَدْلَيْنِ ﴾ ويكونان مكلفين .

اشتراط الإسلام ، والعدالة فى الحكمين : متفق عليه .

وقطع المصنف هنا باشتراط الحرية فيهما . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الرعايتين : حرين على الأصح .

وصححه فى النظم ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقيل : لا تشترط الحرية .

وهو ظاهر الهداية ، والبلغة ، والوجيز ، وجماعة . فإنهم لم يذكروه .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والزركشى .

وقال المصنف فى المغنى ، والكافى ، قال القاضى : ويشترط كونهما حرين .

والأولى أن يقال : إن كانا وكيلين : لم تعتبر الحرية . وإن كانا حكمين : اعتبرت الحرية . وقدم الذى ذكره فى المغنى : أنه الأولى فى الكافى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايشترط كونهما فقيهين . وهو ظاهر كلامه في المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى ، وغيرهم. لعدم ذكره .

وهو أحد الوجهين . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يشترط .

قال الزركشى : يشترط أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق . انتهى .

قلت : أما اشتراط ذلك : فينبغى أن يكون بلاخلاف فى المذهب . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى الكافى : ومتى كانا حكمين ، اشترط كونهما فقيهين . وإن كانا وكيلين : جاز أن يكونا عاميين .

قلت : وفى الثانى ضعف .

وقال فى الترغيب : لايشترط الاجتهاد فيهما .

وظاهر كلام المصنف وغيره : اشتراط كونهما ذكرين . بل هو كالصريح فى كلامه .

وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال الزركشى : وقد يقال : بجواز كونها أنثى ، على الرواية الثانية .

قوله ﴿ فإن امْتَنَعَا من التَّوْكيلِ ﴾ يعنى الزوجين ﴿ لَمْ يُجْبَرا ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب : أن الحكمين وكيلان عن الزوجين . لايرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما .

فإن امتنعا من التوكيل : لم يجبرا عليه .

قال الزركشى : هذا المشهور عند الأصحاب ، حتى إن القاضى فى ــ الجامع الصغير ــ والشريف أبا جعفر ، وابن البنا : لم يذكروا فيه خلافا . ورضيه أبو الخطاب .

قال فى تجريد العناية : هذا أشهر .

وقطع به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أن الزوج إن وكل فى الطلاق بعوض أو غيره ، أو وكلت المرأة فى بذل العوض برضاهما ، وإلا جعل حاكم إليهما ذلك .

فهذا يدل على أنهما حكمان يفعلان مايريان : من جمع ، أو تفريق بعوض ، أو غيره من غير رضا الزوجين .

قال الزركشى : وهو ظاهر الآية الكريمة . انتهى .

واختاره ابن هبيرة ، والشيخ تقى الدين رحمهما الله .

وهو ظاهر كلام الخرقى . قاله فى الفروع . وأطلقهما فى الكافى ، والشرح .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد . ذكرها المصنف ، وغيره .

منها : لو غاب الزوجان ، أو أحدهما : لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى . وينقطع على الثانية .

هذا هو الصحيح من المذهب . وعليه جمهور الأصحاب .

وقيل : لا ينقطع نظرهما أيضاً على الثانية . وهو احتمال فى الهداية .

ومنها : لو جُنّا جميعاً ، أو أحدهما : انقطع نظرهما على الأولى . ولم ينقطع على الثانية . لأن الحاكم يحكم على المجنون . هذا هو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم المصنف فى المغنى ، والكافى : بأن نظرهما ينقطع أيضاً على الرواية الثانية لأنه لايتحقق معه بقاء الشقاق ، وحضور المدعيين ، وهو شرط .

فائدة : لايصح الإبراء من الحكمين إلا فى الخلع خاصة ، من وكيل المرأة فقط . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهما .

كتاب الخلع

فائدة : قال فى الكافى : معنى « الخلع » فراق الزوج امرأته بعوض ، على المذهب . و بغيره على اختيار الخرقى ، بألفاظ مخصوصة .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُبْغِضَةً لِلرَّجُلِ ، وَتَخْشَى أَنْ لَاتُقِيمَ حُدُودَ اللهِ ﴾ فى حقه ﴿ فَلَا بَأْسَ أَنْ تَفْتَدِىَ نَفْسَهَا مِنْهُ ﴾ .

فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم الحلوانى بالاستحباب .

وأما الزوج ، فالصحيح من المذهب : أنه يستحب له الإجابة إليه . وعليه الأصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ فى وجوب الإجابة إليه . وألزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : عبارة الخرقى ، ومن تابعه : أجود من عبارة صاحب المحرر ، ومن تابعه .

فإن صاحب المحرر ، وغيره ، قال : الخلع لسوء العشرة بين الزوجين : جائز .

فإن قولهم « لسوء العشرة بين الزوجين » فيه نظر . فإن النشوز قد يكون من الرجل ، فتحتاج هى أن تقابله . انتهى .

وعبارة المصنف : قريبة من عبارة الخرقى .

فإن الخرقى ، قال : و إذا كانت المرأة مبغضة للرجل ، وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه . فلا بأس أن تفتدى نفسها منه .

قوله ﴿ فَإِنْ خَالَعَتْهُ لِغَيْرِ ذَلِكَ وَقَعَ ﴾ .

يعنى : إذا خالعته مع استقامة الحال . وهذا المذهب . وعليه الجمهور .

قال الزركشي : والمذهب المنصوص المشهور المعروف ـ حتى إن أبا محمد حكاه عن الأصحاب ـ وقوع الخلع مع الكراهة [كالطلاق أو بلا عوض] انتهى .

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وقال : هو المذهب .

وعنه : لايجوز ، ولا يصح .

وهو احتمال في الهداية . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

واختاره أبو عبد الله بن بطة . وأنكر جواز الخلع مع استقامة الحال . وصنف فيه مصنفا . وأطلقهما في البلغة .

واعتبر الشيخ تقي الدين رحمه الله : خوف قادر على القيام بالواجب أن لا يقيما حدود الله . فلا يجوز انفرادها به .

قوله ﴿ فَأَمَّا إِنْ عَضَلَهَا لِتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَفَعَلَتْ : فَالْخُلْعُ بَاطِلٌ وَالْعِوَضُ مَرْدُودٌ ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا ﴾ .

اعلم أن للمختلعة مع زوجها : أحد عشر حالاً .

أحدها : أن تكون كارهة له ، مبغضة لخلقه وخُلقه ، أو لغير ذلك من صفاته . وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقوقه الواجبة عليها . فالخلع في هذا الحال مباح ، أو مستحب ، على ما تقدم .

الحال الثاني : كالأول ، ولكن للرجل ميل إليها ومحبة . فهذه أدخلها القاضي في المباح ، كما تقدم .

ونص الإمام أحمد رحمه الله : على أنه ينبغي لها أن لا تختلع منه ، وأن تصبر .

قال القاضي : قول الإمام أحمد « ينبغي لها أن تصبر » على طريق الاستحباب والاختيار . ولم يرد بهذا الكراهة . لأنه قد نص على جوازه في غير موضع .

ويحتمل دخول هذه الصورة في كلام المصنف .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وكراهة الخلع في حق هذه متوجهة .

الحال الثالث : أن يقع ، والحال مستقيمة . فالمذهب : وقوعه مع الكراهة .

وعنه : يحرم ولا يقع .

وتقدم ذلك قريباً فى كلام المصنف .

الحال الرابع : أن يعضلها أو يظلمها ، لتفتدى منه . فهذا حرام عليه . والخلع باطل والعوض مردود ، والزوجية بحالها ، كما قال المصنف .

الحال الخامس : كالذى قبله ، لكنها زنت . فيجوز ذلك . نص عليه . وقطع به الأصحاب .

ويأتى فى أول كتاب الطلاق « هل زَنِي المرأة : يفسخ النكاح ؟ » .

الحال السادس : أن يظلمها أو يعضلها لا لتفتدى ، فتفتدى . فأكثر الأصحاب : على صحة الخلع .

وجزم به القاضى فى المجرد . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يحل له ، ولا يجوز .

الحال السابع : أن يكرهها . فلا يحل له . نص عليه .

الحال الثامن : أن يقع حيلة لحل اليمين . فلا يقع .

وتأتى المسألة فى كلام المصنف فى آخر الباب .

الحال التاسع : أن يضربها ويؤذيها ، لتركها فرضاً أو لنشوز . فتخالعه لذلك فقال فى الكافى : يجوز .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تعليل القاضى ، وأبى محمد ـ يعنى به المصنف ـ يقتضى أنها لو نشزت عليه : جاز له أن يضربها لتفتدى نفسها منه . وهذا صحيح .

الحال العاشر : أن يتنافرا أدنى منافرة . فذكرها الحاوى فى قسم المكروه .

قال : ويحتمل أن لاتصح المخالعة .

الحال الحادى عشر : أن يمنعها كمال الاستمتاع ، لتختلع . فذكر أبو البركات : أنه يكره على هذا الحال .

تنبيه : قوله ﴿ فَأَمَّا إِنْ عَضَلَهَا لِتَفْتَدِى نَفْسَهَا مِنْهُ ، فَفَعلتْ : فَالْخُلعُ بَاطِلٌ ، وَالْعِوَضُ مَرْدُودٌ ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ طَلَاقاً ﴾.

فيقع رجعياً . فإذا رد العوض ـ وقلنا : الخلع طلاق ـ وقع الطلاق بغير عوض فهو رجعى .

وإن قلنا : هو فسخ ـ ولم ينو به الطلاق ـ لم يقع شىء . لأن الخلع بغير عوض لا يقع ، على إحدى الروايتين .

وعلى الرواية الأخرى : إنما رضى بالفسخ هنا بالعوض . فإذا لم يحصل العوض لم يحصل المعوض .

وقيل : يقع بائناً ـ إن قلنا : يصح الخلع بغير عوض ـ وهو تخريج للمصنف ، والشارح ، من مذهب الإمام مالك رحمه الله .

تنبيه آخر : قوله ﴿ وَيَجُوزُ الْخُلعَ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، مُسْلِماً كَانَ أَوْ ذِمِّياً ﴾ بلا نزاع .

ويأتى « إذا تخالع الذميان على محرم » عند تخالع المسلمين عليه .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مَحْجُوراً عَلَيْهِ : دُفِعَ الْمَالُ إِلَى وَلِيِّهِ . وَإِنْ كَانَ عَبْدًا : دُفِعَ إِلَى سَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح .

قال أبو المعالى فى النهاية : هذا أصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى البلغة . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقال القاضى : يصح القبض من كل من يصح خلعه .

فعلى هذا : يصح قبض المحجور عليه ، والعبد . وقاله الإمام أحمد فى العبد . وصححه الناظم .

قال فى الفروع : ومن صح خلعه : قبض عوضه ، عند القاضى . انتهى . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، وتجريد العناية .

ويأتى فى أول كتاب الطلاق أحكام طلاقه .

فائدة : فى صحة خلع المميز وجهان .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى تجريد العناية ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو ظاهر كلام المصنف المتقدم .

والثانى : لايصح . جزم به فى المنور ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والنظم . والخلاف هنا مبنى على طلاقه ، على مايأتى .

وظاهر الهداية ، والمذهب ، والرعايتين : عدم البناء . لأنهم أطلقوا الخلاف هنا . وقدموا هناك الوقوع .

قلت : لو قيل بالعكس لكان أوجه .

قوله ﴿ وَهَلْ لِلأَبِ خَلْعُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، أَوْ طَلاَقُهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

إحداهما : ليس له ذلك . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع .

ذكره فى أول كتاب الطلاق .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : له ذلك .

قال أبو بكر : والعمل عندى على جواز ذلك .

وذكر فى الترغيب : أنها أشهر فى المذهب .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنها ظاهر المذهب .

قال فى الخلاصة : وله ذلك على الأصح .

واختارها ابن عبدوس فى تذكرته . ونصرها القاضى ، وأصحابه .

وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى أبى المجنون ، وسيد الصغير ، والمجنون . خلافاً ومذهباً . وصحة خلع أبى المجنون وطلاقه من المفردات .

الثانية : نص الإمام أحمد رحمه الله — فيمن قال « طلق بنتى وأنت برىء من مهرها » ففعل — بانت ولم يبرأ . ويرجع على الأب . قاله فى الفروع .

وحمله القاضى ، وغيره : على جهل الزوج ، وإلا فخلع بلا عوض .

ولو كان قوله « طلقها إن برئت منه » لم تطلق .

وقال فى الرعاية : ومن قال « طلق بنتى وأنت برىء من صداقها » فطلق : بانت ولم يبرأ . نص عليه . ولا يرجع هو على الأب .

وعنه : يرجع إن غره . وهى وجه فى الحاوى .

وقيل : إن لم يرجع فطلاقه رجعى .

وإن قال « إن أبرأتنى أنت منه . فهى طالق » فأبرأه : لم تطلق .

وقيل : بلى ، إن أراد لفظ الإبراء .

قلت : أو صح عفوه عنه لصغرها ، و بطلاقها قبل الدخول ، والإذن فيه ــ إن قلنا : عقدة النكاح بيده ــ و إن قال « قد طلقتها إن أبرأتنى منه » فأبرأه : طلقت . نص عليه .

وقيل : إن علم فساد إبرائه فلا . انتهى .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أن غير الأب ليس له أن يطلق على الابن الصغير . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال فى الفروع : و يتوجه أن يملك طلاقه ، إن ملك تزويجه . قال : وهو قول ابن عقيل فيما أظن .

وتقدم « هل يزوج الوصى الصغير أم لا ؟ وهل لسائر الأولياء ــ غير الأب والوصى ــ تزويجه أم لا ؟ » فى مكانين من باب أركان النكاح .

أحدهما : عند قوله « وَوَصِيُّهُ فِي النِّكَاحِ بِمنزلته » .

والثانى : عند قوله « ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها » .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ خُلْعُ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِها ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

فعليه : لو فعل كان الضمان عليه . نص عليه فى رواية محمد بن الحكم .

وقيل : له ذلك . وهو رواية فى المبهج .

نقل أبو الصقر ــ فيمن زوج ابنه الصغير بصغيرة . وندم أبواهما ــ هل ترى فى فسخهما وطلاقهما عليهما شيئاً ؟ قال : فيه اختلاف ، وأرجو . ولم ير به بأساً .

قال أبو بكر : والعمل عندى على جواز ذلك منهما عليهما .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى لها فيه المصلحة والحظ .

قلت : هذا هو الصواب .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة : وكذلك أشار إليه ابن عقيل فى الفصول .

واختار فى الرعاية : أن ما صح عفو الأب عنه فهو كخلعه به ، وما لا فلا .

قوله ﴿ وَهَلْ يَصِحُّ الْخُلْعُ مَعَ الزَّوْجَةِ ؟ ﴾ .

بلا خلاف ﴿ ومَعَ الأَجْنبِي ﴾ .

على الصحيح من المذهب إذا صح بذله .

قال فى الفروع : والأصح يصح من غير الزوجة . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح مع الأجنبى ، إذا قلنا : إنه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقاً . ذكره فى الرعايتين .

فعلى المذهب : يقول الأجنبى له « اخلع » أو « خالع زوجتك على ألف » أو « على سلعتى هذه » وكذا إن قال « على مهرها ، أو سلعتها ، وأنا ضامن » أو « على ألف فى ذمتها ، وأنا ضامن » فيجيبه إليه . فيصح منه . ويلزم الأجنبى وحده بذل العوض .

فإن لم يضمن — حيث سمى العوض منها — لم يصح الخلع . قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ فَإِنْ خَالَعَتِ الْأَمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ : كَانَ فِي ذِمَّتِهَا ، تُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ﴾ .

جزم المصنف هنا بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الجامع الصغير ، والشريف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والترغيب ، ومنتخب الأدمى .

قال فى القواعد الأصولية : وهو مشكل . إذ المذهب : لا يصح تصرف العبد فى ذمته بغير إذن سيده .

وقيل : لا يصح بدون إذن سيدها ، كما لو منعها فخالعت . وهو المذهب . صححه فى النظم .

قال فى تجريد العناية : لا يصح فى الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمنور .

وهو ظاهر ماجزم به فى العمدة . فإنه قال : ولا يصح بذل العوض إلا ممن يصح تصرفه فى المال .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

وهذه من جملة ماجزم به المصنف فى كتبه الثلاثة . وما هو المذهب .

ويتخرج وجه ثالث ، وهو : أنه إن خالعته على شىء فى ذمتها : صح . وإن خالعته على شىء فى يدها : لم يصح . ذكره الزركشى .

فعلى الأول : تتبع بالعوض بعد عتقها . قاله الخرقى .

وقطع به المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : يتعلق برقبتها . وأطلقهما فى الفروع .

واختار فى الرعاية الكبرى : تتبع بمهر المثل .

وقال المصنف ، والشارح : إن وقع على شيء فى الذمة : تعلق بذمتها .

وإن وقع على عين : فقياس المذهب ، أنه لاشيء له .

قالا : ولأنه إذا علم أنها أمة : فقد علم أنها لا تملك العين . فيكون راضياً بغير عوض .

قال الزركشي : فيلزم من هذا التعليل : بطلان الخلع على المشهور ، لوقوعه بغير عوض .

فائدة : يصح خلع الأمة بإذن سيدها . بلا نزاع .

والعوض فيه كدينها بإذن سيدها . على ماتقدم فى آخر باب الحجر « هل يتعلق بذمة السيد ، أو برقبتها ؟ » .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَتْهُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهَا : لَمْ يَصِحَّ الْخُلْعُ ﴾ .

هذا المذهب . سواء أذن لها الولى أو لا . ولأنه لا إذن له فى التبرع . وصححه فى الفروع ، وغيره .

وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : يصح إذا أذن لها الولى .

قلت : إن كان فيه مصلحة : صح بإذنه . وإلا فلا .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَتْهُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهَا : لَمْ يَصِحَّ الخُلعُ . وَوَقَعَ طَلَاقُهُ رَجْعِيًّا ﴾ .

يعنى : إذا وقع بلفظ « الطلاق » أو نوى به الطلاق .

فأما إن وقع بلفظ « الخلع ، أو الفسخ ، أو المفاداة » ولم ينو به الطلاق . فهو كالخلع بغير عوض . وسيأتى حكمه .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : ويحتمل أن لايقع الخلع هنا . لأنه إنما رضى به بعوض . ولم يحصل له . ولا أمكن الرجوع فى بدله .

ومراده بوقوع الطلاق رجعياً : إذا كان دون الثلاث . وهو واضح .

تنبيه : مراده بالمحجور عليها : المحجور عليها للسفه ،أو الصغر ، أو الجنون .

أما المحجور عليها للفلس : فإنه يصح خلعها ، ويرجع عليها بالعوض إذا فك عنها الحجر وأيسرت . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَالخُلْعُ طَلَاقٌ بائِنٌ ، إلاَّ أَنْ يَقَعَ بِلَفْظِ « الخُلْعِ ، أَو الفَسْخِ ، أَو المُفَادَاةِ » وَلَا يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ : فَيَكُونُ فَسْخًا .لَا يَنْقُصُ بِهِ عَدَدُ الطَّلَاقِ فِي إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن الخلع فسخ . لاينقص به عدد الطلاق ، بشرطه الآتى . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذه الرواية هى المشهورة فى المذهب ، واختيار عامة الأصحاب متقدمهم ومتأخرهم .

قال فى الخلاصة : فهو فسخ فى الأصح .

قال فى البلغة : هذا المشهور .

قال فى المحرر ، والحاوى الصغير : وهو الأصح .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . ونظم المفردات ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، وإدراك الغاية ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

والرواية الثانية : أنه طلاق بائن بكل حال .

وقدمه فى المحرر ، والحاوى .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والشرح ، وغيرهم .

تنبيه : من شرط وقوع الخلع فسخاً : أن لاينوى به الطلاق ، كما قال المصنف ، فإن نوى به الطلاق : وقع طلاقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : هو فسخ ، ولو نوى به الطلاق . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومن شرط وقوع الخلع فسخاً أيضاً : أن لايوقعه بصريح الطلاق .

فإن أوقعه بصريح الطلاق : كان طلاقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : هو فسخ ، ولو أتى بصريح الطلاق أيضاً إذا كان بعوض .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً .

وقال : عليه دل كلام الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه أصحابه .

قال فى الفروع : ومراده ماقال عبد الله « رأيت أبى كان يذهب إلى قول ابن عباس رضى الله عنهما » وابن عباس صح عنه أنه قال « ما أجازه المال فليس بطلاق » .

وصح عنه أنه قال « الخلع تفريق ، وليس بطلاق » .

قال فى الفروع : والخلع بصريح طلاق ، أو بنية : طلاق بائن .

وعنه : مطلقاً . وقيل : عكسه .

وعنه : بصريح خلع : فسخ لاينقص عدداً .

وعنه عكسه بنية طلاق . انتهى .

فوائد

إحداها : للخلع ألفاظ صريحة فى الخلع ، وألفاظ كناية فيه .

فصريحه : لفظ « الخلع » و « المفاداة » بلا نزاع .

وكذا « الفسخ » على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،

والمغنى ، والـكافى ، والهادى ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الـكبرى ، والفروع .

وقيل : هو كناية .

وفى الواضح : وجه ليس بكناية .

وأما كناياته : فالإبانة بلا نزاع نحو « أبَنْتُكِ » والتبرئة على الصحيح من المذهب ، نحو « بارأتك » و « أبرأتك » جزم به فى المستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والزركشى ، والرعايتين . وقدمه فى الفروع .

زاد فى الرعايتين ، والحاوى ، وتذكرة ابن عبدوس « المبارأة » .

وقال فى الروضة : صريحه لفظ « الخلع ، أو الفسخ ، أو المفاداة ، أو بارأتك »

الثانية : إذا طلبت الخلع ، و بذلت العوض . فأجابها بصريح الخلع ، أو كنايته : صح الخلع من غير نية . لأن دلالة الحال — من سؤال الخلع ، و بذل العوض — صارفة إليه . فأغنى عن النية .

و إن لم تـكن دلالة حال : وأتى بصريح الخلع : وقع من غير نية . سواء قلنا : هو فسخ ، أو طلاق .

و إن أتى بكناية : لم يقع إلا بنية ممن تلفظ به منهما ، كـكنايات الطلاق مع صريحه . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقال فى الرعاية : فإن سألته الخلع بصريح . فأجابها بصريح : وقع ، و إلا وقف على نية من أتى منهما بكناية .

الثالثة : يصح ترجمة الخلع بكل لغة من أهلها . قاله فى الرعاية .

الرابعة : قال الأزجى فى نهايته : يتفرع على قولنا « الخلع فسخ ، أو طلاق » مسألة ما إذا قال « خالعت يدك . أو رجلك على كذا » فقبلت .

فإن قلنا : الخلع فسخ لا يصح ذلك . وإن قلنا : هو طلاق صح . كما لو أضاف الطلاق إلى يدها ، أو رجلها .

الخامسة : نقل الجراحى – فى حاشيته على الفروع – أن ابن أبى المجد يوسف نقل عن شيخه الشيخ تقى الدين رحمه الله ، أنه قال : تصح الإقالة فى الخلع وفى عوضه . كالبيع وثمنه . لانهما كهما فى غالب أحكامهما – من عدم تعليقهما ، واشتراط العوض ، والمجلس ، ونحو ذلك .

وقياسه الطلاق بعوض . وأنه إن أريد به أن تبطل البينونة ، أو الطلاق : ففيه نظر ظاهر . كما أنكره عليه فيه صاحب الفروع فى غيره .

وقال له فى بعض مناظراته : إنك أخطأت فى النقل عن شيخنا المذكور .

وإن أريد بقاؤهما دون الفرض ، وأنه يرجع إلى الزوجة ، أو تبرأ منه . ولا تحل له إلا بعقد جديد : فسلم . كعتق على مال وعقد نكاح ، وصلح عن دم عمد على مال ونحوها . ولمن جهل خروج العوض ، أو البضع .

وعنه : الخيار فى الأول فقط فى الأصح فيهما . إذ لا إقالة فى الطلاق للخبر فيه . وقيس عليه نحوه .

ويقبل قوله فيه بيمينه إن جهله مثله . لأنه مال ، وإلا فلا . فهو حينئذ تبرع لها ، أو للسائل غيرها بالعوض المذكور . أو بنظيره][1] .

قوله ﴿ وَلَا يَقَعُ بِالْمُعْتَدَّةِ مِنَ الْخُلعِ ، طَلَاقٌ وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الترغيب : لا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ، ولو واجهها به . إلا إن قلنا : هو طلقة . ويكون بلا عوض [ويكون بعد الدخول أيضاً][2] وقاله فى الرعاية الصغرى .

---

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ الرَّجْعَةَ فِي الْخُلْعِ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد . وصححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين .

وفى الأخرى : يصح الشرط ، و يبطل العوض . فيقع رجعياً .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

فعلى المذهب : تستحق المسمى فى الخلع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يلغو المسمى . و يجب مهر مثلها . اختاره القاضى .

وقدمه ابن منجا فى شرحه .

فائدة : لو شرط الخيار فى الخلع : صح الخلع ، ولغا الشرط .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ الْخُلْعُ إِلاَّ بِعِوَضٍ . فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى المستوعب . وصححه فى النظم ، وتجريد العناية . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ـ القاضى ، وعامة أصحابه . منهم الشريف ، وأبو الخطاب والشيرازى ـ قاله الزركشى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

والأخرى : يصح بغير عوض . اختاره الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة .

وجعله الشيخ تقى الدين رحمه الله كعقد البيع حتى فى الإقالة ، وأنه لا يجوز إذا كان فسخاً بلا عوض إجماعاً .

واختلف فيه كلامه فى الانتصار .

وظاهر كلام جماعة : جوازه . قاله فى الفروع .

قوله ﴿ فَإِنْ خَالَعهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ : لَمْ يَقَعْ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ طَلاَقًا . فَيَقَع رَجْعِيًّا ﴾ .

يعنى : إلا أن ينوى بالخلع الطلاق . أو نقول : الخلع طلاق .

تنبيه : فعلى الرواية الثانية ـ التى هى اختيار الخرقى ومن تابعه ـ لا بد من السؤال . وهو ظاهر كلام الخرقى . فإنه قال : ولو خالعها على غير عوض ، كان خلعاً ولا شىء له .

قال الأصفهانى . مراده : ماإذا سألته . فأما إذا لم تسأله ، وقال لها « خالعتك » فإنه يكون كناية فى الطلاق لاغير . انتهى .

قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله : أن الخلع ما كان من قبل النساء . فإذا كان من قبل الرجال : فلا نزاع فى أنه طلاق يملك به الرجعة . ولا يكون فسخاً . ويأتى بعد هذا مايدل عليه .

فائدة : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج . فلا بد من الإيجاب والقبول فى المجلس .

قال القاضى : هذا الذى عليه شيوخنا البغداديون . وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وذهب أبو حفص العكبرى ، وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض .

وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا .

واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا . قاله القاضى .

قال فى الرعايتين ، والحاوى ، وقيل : يتم بقبول الزوج وحده ، إن صح بلا عوض . وهو رواية فى الفروع .

قوله ﴿ وَلا يُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا . فَإِنْ فَعَلَ : كُرِهَ ، وَصَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : هذا المنصوص ، والمختار ، لعامة الأصحاب . وصححه الناظم وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الفروع ، وغيره . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقال أبو بكر : لايجوز ، ويرد الزيادة وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَهَا بِمُحَرَّمٍ ـ كَالْخَمْرِ ، وَالْحُرِّ ـ فَهُوَ كَالْخُلْعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ﴾ .

يعنى : إذا كانا يعلمان تحريم ذلك . فإنهما إذا كانا لايعلمان ذلك ، فلا شىء له . وهو كالخلع بغير عوض ، على مامر . وهذا هو الصحيح من المذهب .

جزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

واختاره أبو الخطاب فى الهداية .

قال فى القواعد : هو قول أبى بكر ، والقاضى ، والأصحاب .

فإذا صححناه لم يلزم الزوج شىء ، بخلاف النكاح على ذلك .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : يرجع إلى المهر كالنكاح . انتهى

وقال الزركشى : إذا كانا يعلمان أنه حر أو مغصوب : فإنه لاشىء له

بلا ريب . لكن هل يصح الخلع ، أو يكون كالخلع بغير عوض ؟ فيه طريقان للأصحاب .

الأولى : طريقة القاضى فى الجامع الصغير ، وابن البناء ، وابن عقيل فى التذكرة .

والثانية : طريقة الشريف ، وأبى الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والشيخين . انتهى .

قلت : وهذه الطريقة هى المذهب . كما تقدم .

والطريقة الأولى : قدمها فى الرعايتين ، والحاوى ، والخلاصة .

فعليها تبين مجانا .

فائدتان

إحداهما : لو جهل التحريم : صح . وكان له بدله . قاله فى الرعايتين .

الثانية : إذا تخالع كافران بمحرم يعلمانه ، ثم أسلما ـ أو أحدهما ـ قبل قبضه فلا شىء له . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى فى الجامع ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : له قيمته عند أهله . اختاره المصنف ، وغيره .

وقيل : له مهر المثل . اختاره القاضى فى المجرد .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ . فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا : فَلَهُ قِيمَتُهُ عَلَيْهَا ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن مثلياً . فإن كان مثلياً فله مثله . ويصح الخلع . على الصحيح من المذهب .

قال فى الرعايتين : يصح الخلع على الأصح . وقطع به المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الحاوى الصغير ، وغيرهم .

وعنه : لا يصح الخلع . ذكرها فى الرعايتين .

قوله ﴿ وَإِنْ بانَ مَعِيبًا : فَلَهُ أَرْشُهُ ، أَوْ قِيمَتُهُ . وَيَرُدُّهُ ﴾ .

فهو بالخيرة فى ذلك ، تغليباً للمعاوضة . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه الزركشى .

وعنه : لا أرش له مع الإمساك . كالرواية التى فى البيع ، والصداق .

تنبيه : قوله ﴿ فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا ﴾ .

يحترز عما إذا كانا يعلمان ذلك . فإنه لاشىء له .

وهل يصح الخلع ، أو يكون كالخلع بغير عوض؟ فيه طريقان .

الأول : طريق القاضى فى الجامع الصغير ، وابن البنا ، وابن عقيل فى التذكرة

والثانى : طريق الشريف ، وأبى الخطاب ، والشيرازى ، والمصنف ، والمجد وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى رَضَاعِ وَلَدِهِ عَامَيْنِ ، أَوْ سُكْنَى دَارٍ : صَحَّ . فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَوْ خَرِبَتِ الدَّارُ : رَجَعَ بِأُجْرَةِ بَاقِي الْمُدَّةِ ﴾ .

من أجرة الرضاع والدار . وهـذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمحرر ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين .

قال فى المستوعب : رجع عليها بأجرة رضاعه ، أو مابقى منها .

وقيل : يرجع بأجرة المثل . جزم به فى المغنى ، والكافى .

قال الشارح : فإذا خربت الدار : رجع عليهـا بأجرة باقى المدة . وتقـدر بأجرة المثل .

وأطلقهما فى الفروع . فقال : يرجع . قيل : ببقية حقه . وقيل : بأجرة المثل .

فعلى المذهب : هل يرجع به دفعة واحدة ، أو يستحقه يوماً فيوما ؟ فيه وجهان وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يرجع يوماً بيوم .

قلت : وهو أولى وأقرب إلى العدل . وذكره القاضى فى المجرد .

قال المصنف ، والشارح : وهو الصحيح .

والثانى : يستحقه دفعة واحدة . قاله القاضى فى الجامع .

فائدتان

إحداهما : موت المرضعة ، وجفاف لبنها فى أثناء المدة : كموت المرتضع فى الحكم ، على ماتقدم . وكذا كفالة الولد مدة معينة ونفقته .

لكن قال فى الرعاية : لو مات فى الكفالة فى أثناء المدة : فإنه يرجع بقيمة كفالة مثلها لمثله .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع : وفى اعتبار ذكر قدر النفقة وصفتها وجهان .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن صح الإطلاق ، فله نفقة مثله . وقطع به فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو أراد الزوج أن يقيم بدل الرضيع من ترضعه أو تكفله ، فأبت ، أو أرادته هى ، فأبى : لم يلزما . وإن أطلق الرضاع : فحولان ، أو بقيتهما .

قوله ﴿ وإنْ خَالَعَ الْحَامِلَ عَلَى نَفَقَةِ عِدَّتِهَا : صَحَّ ﴾

وسقطت . هذا المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : ويصح بنفقتها فى المنصوص .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعلى قول أبى بكر ، الآتى قريباً : الخلع باطل .

وقيل : إن أوجبنا نفقة الزوجة بالعقد : صح وفيه روايتان .

وجزم به فى الفصول ، وإلا فهو خلع بمعدوم .

قال فى القاعدة الرابعة عشر : لو اختلعت الزوجة بنفقتها . فهل يصح جعل النفقة عوضاً للخلع ؟

قال الشيرازى : إن قلنا النفقة لها : صح . وإن قلنا للحمل : لم يصح . لأنها لاتملك .

وقال القاضى ، والأكثرون : يصح على الروايتين . انتهى .

ويأتى ذلك أيضاً فى النفقات .

فائدتان

إحداهما : لو خالع حاملاً ، فأبرأته من نفقة حملها ، فلا نفقة لها ، ولا للولد حتى تفطمه .

نقل المروذى : إذا أبرأته من مهرها ونفقتها ، ولها ولد : فلها النفقة عليه إذا فطمته . لأنها قد أبرأته مما يجب لهـا من النفقة . فإذا فطمته : فلها طلبه بنفقته .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم الخرقى .

وقال القاضى : إنما صحت المخالعة على نفقة الولد . وهى للولد دونها . لأنها فى حكم المالكة لها . وبعد الوضع تأخذ أجرة رضاعها .

فأما النفقة الزائدة على هذا ـ من كسوة الطفل ودهنه ، ونحوه ـ فلا يصح أن تعاوض به ، لأنه ليس لها ولا فى حكم ماهو لها .

قال الزركشى : وكأنه يخصص كلام الخرقى .

الثانية : يعتبر فى ذلك كله الصيغة . فيقول « خلعتك » أو « فسخت »

أو « فاديت على كذا » فتقول « قبلت ، أو رضيت » ويكفى ذلك ، على الصحيح من المذهب .

قدمه فى الفروع . وقيل : وتذكره .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ الْخُلْعُ بِالْمَجْهُولِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع ، وغيره : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال الزركشى : هو المذهب المعمول به .

وقال أبو بكر : لا يصح . وقال : هو قياس قول الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به أبو محمد الجوزى . وأنه كالمهر .

والعمل والتفريع : على الأول .

قوله ﴿ فَإِذَا خَالَعَهَا عَلَى مَافِى يَدِهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ ، أَوْ مَافِى بَيْتِهَا مِنَ الْمَتَاعِ : فَلَهُ مَافِيهِمَا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِمَا شَيْءٌ : فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، وَأَقَلُّ مَايُسَمَّى مَتَاعاً ﴾ .

إن كان فى يدها شىء من الدراهم : فهى له . لا يستحق غيرها .

وظاهر كلامه : ولو كان دون ثلاثة دراهم . وهو صحيح .

وهو المذهب . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر ، والفروع . وقدمه الزركشى .

وقيل : يستحق ثلاثة دراهم كاملة .

وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

وأما إذا لم يكن فى يدها شىء . فجزم المصنف هنا : بأن له ثلاثة دراهم .

وجزم به غيره . ونص عليه .

وقال الزركشى: الذى يظهر أن له مافى يدها . فإن لم يكن فى يدها شىء : فله أقل ما يتناوله الاسم . انتهى .

و يأتى كلامه فى المحرر .

و إذا لم يكن فى بيتها متاع . فجزم المصنف هنا : أنه يلزمهـا أقل ما يسمى متاعاً ، وهو المذهب .

جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقال القاضى : يرجع عليها بصداقها .

وقاله أصحاب القاضى أيضا . قاله المصنف ، والشارح .

وقيل : إذا لم تغره ، فلا شىء عليها .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى حَمْلِ أَمَتِهَا ، أَوْ مَا تَحْمِلُ شَجَرَتُهَا : فَلَهُ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ تحْمِلاَ : فقال الإمام أحمد رحمه الله : تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

وقال القاضى : لا شىء له .

وتأول كلام الإمام أحمد « ترضيه بشىء » على الاستحباب .

وفرق بين هذه المسألة ومسألة الدراهم والمتاع . حيث يرجع هناك إذا لم يجد شيئاً . وهنا لا يرجع . وصححه فى النظم . وقدمه فى تجريد العناية .

وقال ابن عقيل : له مهر المثل .

وقال أبو الخطاب : له المهر المسمى لها .

وقيل : يبطل الخلع هنا ، و إن صححناه فى التى قبلها .

وقال فى المحرر ، ومن تابعه ، مامعناه : و إن جعلا العوض مالا يصح مهراً — لغرر أو جهالة — صح الخلع به . إن صححنا الخلع بغير عوض ، ووجب فيما لا يجهل حالا ومآلا — كثوب ودار ونحوهما ، أدنى ما[1] يتناوله الاسم .

وأما فيما[2] يتبين فى المآل — كحمل أمتها ، وما تحمل شجرتها ، وآبق منقطع

---

(١) فى نسخة طلعت « أو فيما »

(٢) فى نسخة طلعت « أو فيما يتبين »

خبره ، ومافى بيتها من متاع ، أو مافى يدها من الدراهم ـ : فله ماينكشف ، ويحصل منه : ولا شيء عليها لما يتبين عدمه ، إلا ما كان بتغريرها ، كمسألة المتاع والدراهم .

وأما إن قلنا : باشتراط العوض فى الخلع ، ففيه خمسة أوجه .

أحدها ـ وهو ظاهر كلامه صحة الخلع بالمسمى ، كما سبق ـ لكن يجب أدنى مايتناوله الاسم لما يتبين عدمه . وإن لم تكن غرته ، كحمل الأمة والشجر .

الثانى : صحته بمهرها فيما يجهل حالا ومآلا ، وصحته بالمسمى فيما يرجى تبيينه . فإن تبين عدمه : رجع إلى مهرها .

وقيل : إذا لم تغره ، فلا شيء عليها .

الثالث : فساد المسمى ، وصحة الخلع بقدر مهرها .

[وقيل : إذا لم تغره فلا شيء عليها][1] .

الرابع : بطلان الخلع . قاله أبو بكر .

الخامس : بطلانه بالمعدوم وقت العقد ، كما يحمل شجرها ، وصحته مع الموجود يقيناً ، أو ظنا .

ثم هل يجب المسمى أو قدر المهر ، أو يفرق بين المتبين مآلا ، وبين غيره ؟ مبنى على ماسبق . انتهى .

قوله ﴿فإنْ خالعها على عبْد : فله أقلُّ مايُسمَّى عبْدًا . وإنْ قالَ « إنْ أعْطيْتِنى عبْدًا فأنْتِ طالِقٌ » طلقتْ بأيِّ عبْدٍ أعْطتْهُ إياهُ طلاقًا بائنًا ، وملَكَ العبْدَ . نصَّ عليْهِ﴾

إذا خالعها على عبد : فله أقل مايسمى عبداً . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : يجب مهرها .

وقال القاضي : يلزمها عبد وسط .

قال في المحرر ، والفروع ، والحاوي : و إن خالعها على عبد مطلق ، فله الوسط إن قلنا به في المهر . و إلا فهل له أي عبد أعطته ، أو قدر مهرها ، والخلع أباطل ؟ ينبني على ماسبق .

وأما إذا قال لها « إن أعطيتيني عبداً فأنت طالق » فالصحيح من المذهب : أنها تطلق بأي عبد أعطته يصح تمليكه . نص عليه . وجزم في الوجيز ، وغيره .

وقدمه في الهداية ، والمغني ، والمحرر ، والشرح ، والنظم والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضي : يلزمها عبد وسط . فلو أعطته معيباً ، أو دون الوسط : فله رده وأخذ بدله . والبينونة بحالها .

فائدتان

إحداهما : لو أعطته عبداً مدبراً ، أو معلقاً عتقه بصفة : وقع الطلاق . قاله في المغني ، والشرح ، وغيرهما .

الثانية : لو بان مغصوباً أو حراً — قال في الرعايتين ، والحاوي وغيرهم : أو مكاتباً — لم تطلق ، كتعليقه على هروى ، فتعطيه مروياً . قاله في الفروع . وجزم به في المحرر .

وجزم به في المغني ، والشرح في موضع . وقدماه في آخر . وصححه في النظم ، وغيره .

وعنه : يقع الطلاق . وله قيمته . قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وقيل : يلزمها قدر مهرها .

وقيل : يبطل الخلع .

قال في الرعاية الكبرى : ويحتمل أن تجب قيمة الحر كأنه عبد .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره : إن بان مكاتباً فله قيمته ، وإن بان حراً ، أو مغصوبا : لم تطلق . كقوله « هذا العبد » انتهى .

ويأتى نظيرها فى كلام المصنف قريباً . فيما إذا قال « إن أعطيتينى هذا العبد فأنت طالق » .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَ : إنْ أَعْطَيْتِينِى هَذَا العَبْدَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَأَعْطَتْهُ إيَّاهُ : طَلُقَت . وَإنْ خَرَجَ مَعِيباً ، فَلَا شَىْءَ لَهُ ﴾

تغليباً للشرط . هذا المذهب . نص عليه .

واختاره أبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : له الرد وأخذ القيمة بالصفة سليما . اختاره القاضى .

وقال فى المستوعب ــ بعد أن قدم ماقاله المصنف ــ وذكر الخرقى : أنه إذا خالعها على ثوب ، فخرج معيباً : أنه مخير بين أن يأخذ أرش العيب ، أو قيمة الثوب ويرده . فيكون فى مسألتنا كذلك . انتهى .

وقال فى الترغيب : فى رجوعه بأرشه وجهان ، وأنه لو بان مستحق الدم فقتِل : فأرش عيبه . وقيل : قيمته . نقله فى الفروع .

قلت : قال فى المستوعب : فإن خالعته على عبد ، فوجده مباح الدم بقصاص أو غيره ، فقتل : رجع عليها بأرش العيب . ذكره القاضى .

وذكر ابن البنا : أنه يرجع بقيمته .

قوله ﴿ وَإنْ خَرَجَ مَغْصُوباً : لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ ﴾

وكذا لو بان حراً . وهذا المذهب .

جزم به الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع وله قيمته . وكذلك فى التى قبلها .

يعنى فيما إذا قال « إن أعطيتينى عبداً فأنت طالق » فأعطته عبداً مغصوباً .

وجزم بهذه الرواية فى الروضة ، وغيرها ، فقال : لو خالعته على عبد فبان حراً أو مغصوباً أو بعضه : صح . ورجع بقيمته ، أو قيمة ماخرج .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْطَيْتِينِى ثَوْباً هَرَوِياً ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فأَعْطَتْهُ مَرَوِيًّا : لم تَطْلُقْ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَتْهُ عَلَى مَرَوِيّ ﴾

بأن قالت « اخلعنى على هذا الثوب المروى » فبان هروياً : فله الخيار بين رده وإمساكه . هذا أحد الوجهين .

جزم به فى الوجيز ، والرعاية الكبرى .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وعند أبى الخطاب : ليس له غيره ، إن وقع الخلع [منجزاً][1] على عينه . اختاره فى الهداية . وهو المذهب .

[بناء على أنه][1] قدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع .

[وهذا يقتضى حكاية وجهين فى كل من الكتب الثلاثة فى الخلع المنجز على عوض معين ، إذا بانت الصفة المعينة مخالفة ، وأن المقدم منهما فى ذلك فيها : أنه ليس له غيره ، وأن المؤخر منها فيها : أنه يخير فى ذلك بين رده وإمساكه ، وليس فيها — ولا فى بعضها — حكايتهما فى ذلك .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

بل فى المحرر ، والنظم — فى باب الصداق — : أنه إذا ظهر فيه على عيب ، أو نقص صفة شرطت فيه : أنه يخير بين الأرش — يعنى : مع الإمساك — أو الرد وأخذ القيمة كاملة .

ثم حكوا رواية أخرى بأنه لا أرش مع إمساكه . ولم يحكيا غيره فى الباب المذكور .

ثم ذكرا — فى باب الخلع — مسألة الصداق المعلق على عوض معين . وقدما أنه لاشىء له غيره إن بان بخلاف الصفة المعينة .

ثم حكيا قولا بأن له رده ، وأخذ قيمته بالصفة ، سليما ، كما لو نجز الخلع عليه ومقتضى هذا : أنه لاخلاف عندهما فى الخلع المنجز ، وأنه يخير بين ما ذكر ، سواء كان بلفظ « الخلع » أو « الطلاق » .

وفى الفروع — فى باب الصداق — أنه إن بان عوض الخلع المنجز معيباً ، أو ناقصاً صفة شرطت فيه : أن حكمه حكم المبيع ، واقتصر على ذلك .

ومقتضاه : أنه يخير إذا وجده معيباً أو ناقصاً — كما ذكر — بين إمساكه ورده ولم يتعرض للمسألة فى باب الخلع ، اكتفاء بما ذكره فى باب الصداق .

فهذا هو المجزوم به فيها فى الكتب الثلاثة ، مع الجزم به أيضا فى الوجيز ، والرعاية الكبرى . والمقدم من الوجهين المذكورين فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى وغيرها .

والوجه الآخر : إنما هو اختيار لأبى الخطاب فى الهداية . كما حكاه عنه فيها جماعة من الأصحاب .

فتبين بذلك : أن المذهب منهما فيها حينئذ هو الوجه الأول ، الذى جزم به بعض الأصحاب . وقدمه بعضهم أيضاً ، منهم المؤلف .

لا أنه هو الوجه الثانى منهما عنده . وجزم به فى بعض كتبه ، تبعاً لغيره . والله أعلم][1] .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قوله ﴿ إِذَا قَالَ « إِنْ أَعْطَيْتِينِي ، أَوْ إِذَا أَعْطَيْتِينِي ، أَوْ مَتَى أَعْطَيْتِينِي أَلْفًا ، فَأَنْتِ طَالِقٌ » كَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، أَيَّ وقتٍ أَعْطَتْهُ أَلْفًا : طَلُقَتْ ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . لأن الشرط لازم من جهته لا يصح إبطاله .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ليس بلازم من جهته ، كالكتابة عنده . ووافق على شرط محض . كقوله « إن قدم زيد فأنت طالق » .

وقال : التعليق الذي يقصد به إيقاع الجزاء : إن كان معاوضة ، فهو معاوضة . ثم إن كانت لازمة : فلازم ، وإلا فلا . فلا يلزم الخلع قبل القبول ، ولا الكتابة . وقول من قال : التعليق لازم دعوى مجردة . انتهى .

ويأتي هذا وغيره في أوائل باب تعليق الطلاق بالشروط .

تنبيه : مراده بقوله « أي وقت أعطته ألفاً طلقت » بحيث يمكنه قبضه . صرح به في المنتخب ، والمغني ، والشرح ، وغيرهم .

ومراده : أن تكون الألف وازنة بإحضاره . ولو كانت ناقصة بالعدد وازنتها في قبضه وملكه .

وفي الترغيب وجهان ، في « إن أقبضتيني » فأحضرته ، ولم يقبضه . فلو قبضه فهل يملكه . فيقع الطلاق بائناً . أم لا يملكه . فيقع رجعياً ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما في الفروع .

قلت الصواب : أنه يكون بائناً بالشرط المتقدم .

وقيل : يكفي عدد متفق برأسه ، بلا وزن . لحصول المقصود . فلا يكفي وازنة ناقصة عدداً . وهو احتمال في المغني ، والشرح .

قلت : وهذا القول هو المعروف في زمننا وغيره .

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله في الزكاة : يقويه .

والسبيكة لا تسمى دراهم .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَتِ « اخْلَعْنِى بِأَلْفٍ ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ » أَوْ « طَلِّقْنِى بِأَلْفٍ ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ » ﴾ .

وكذا لو قالت « ولك ألف إن طلقتنى ، أو خالعتنى » أو « إن طلقتنى فلك علىَّ ألف » ففعل : بانت .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : يشترط من الزوج أيضاً ذكر العوض و يستحق الألف .

يعنى : من غالب نقد البلد .

فوائد

الأولى : يشترط فى ذلك أن يجيبها على الفور . على الصحيح من المذهب .

وهو ظاهر كلام المصنف . لقوله « ففعل » وقدمه فى الفروع .

وقيده بالمجلس فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، فقال : بانت ، إن كان فى المجلس . وإلا لم يقع شىء .

وقيل : إن قالت « اخلعنى بألف » فقال فى المجلس « طلقتك » طلقت مجانا . انتهى .

وقيده بالمجلس أيضاً فى الترغيب . فى قولها « إن طلقتنى فلك ألف » فقال « خالعتك » أو « طلقتك » انتهى .

وقيل : لاتشترط الفورية . بل يكون على التراخى . وجزم به فى المنتخب .

الثانية : لها أن ترجع قبل أن يجيبها . قاله فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يثبت خيار المجلس . فيمتنع من قبض العوض ليقع رجعياً .

وقال فى الترغيب : فى « خلعتك » أو « اخلعنى » ونحوهما ، على كذا : يعتبر

القبول فى المجلس ، إن قلنا : الخلع فسخ بعوض . وإن قلنا : هو فسخ منه مجرد : فكالإبراء والإسقاط ، لايعتبر فيه قبول ولا عوض . فتبين بقوله « فسخت » أو « خلعت » .

الثالثة : لا يصح تعليقه بقوله « إن بذلت لى كذا فقد خلعتك » قاله فى الفروع .

وقال فى « باب الشروط فى البيع » ويصح تعليق الفسخ بشرط . ذكره فى التعليق ، والمبهج .

وذكر أبو الخطاب ، والشيخ : لا .

قال فى الرعاية ـ فيما إذا أجره كل شهر بدرهم : إذا مضى شهر فقد فسختها ـ أنه يصح ، كتعليق ، الخلع وهو فسخ . على الأصح . انتهى .

قال ابن نصر الله فى حواشيه : عدم الصحة أظهر . لأن الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضى المتعاقدين . فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع . انتهى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وقولها « إن طلقتنى فلك كذا ، أو أنت برىء منه » كـ« إن طلقتنى فلك عليّ ألف » وأولى .

وليس فيه النزاع فى تعليق البراءة بشرط .

أما لو التزم ديناً ، لاعلى وجه المعاوضة : كـ« إن تزوجت فلك فى ذمتى ألف » أو « جعلت لك فى ذمتى ألفاً » لم يلزمه عند الجمهور .

قال القاضى محب الدين بن نصر الله ، فى حواشى الفروع : وقوله « لايصح تعليقه بقوله : إن بذلت لى كذا » قد ذكر المصنف فى القسم الثانى من الشروط فى البيع مانصه : ويصح تعليق الفسخ بشرط . ذكره فى التعليق ، والمبهج .

وذكر أبو الخطاب والشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يصح .

قال صاحب الرعاية ـ فيما إذا أجره كل شهر بدرهم ، إذا مضى شهر فقد فسختها ـ : أنه يصح ، كتعليق الخلع . وهو فسخ على الأصح . انتهى .

فأقر صاحب الرعاية هناك ، ولم يتعقبه .

وجزم هنـا بعدم الصحة . وهو الأظهر . كما قاله ابن نصر الله ، وعلله بأن الخلع عقد معاوضة ، يتوقف على رضى المتعاوضين . فلم يصح تعليقه بشرط كالبيع .

الرابعة : لو قالت « طلقنى بألف إلى شهر » فطلقها قبله : فلا شيء له . نص عليه . وإن قالت « من الآن إلى شهر » فطلقها قبله : استحقه . على الصحيح من المذهب . وذكر القاضى : أنه يستحق مهر مثلها .

الخامسة : لو قالت « طلقنى بألف » فقال « خلعتك » فإن قلنا : هو طلاق استحقه ، وإلا لم يصح . هذا هو الصحيح من المذهب .

وقيل : هو خلع بلا عوض .

وتقدم كلامه فى الرعاية الـكبرى .

وقال فى الروضة : يصح . وله العوض لأن القصد أن تملك نفسها بالطلقة . وقد حصل بالخلع .

وعكس المسألة : بأن قالت « اخلعنى بألف » فقال « طلقتك » يستحقها . إن قلنا : هو طلاق ، وإلا فوجهان .

وأطلقهما فى الفروع .

وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : لا يستحق شيئاً . وهو الصواب . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : إن قالت « اخلعنى بألف » فقال فى المجلس « طلقتك » طلقت مجانا كما تقدم .

فإن لم يستحق : ففى وقوعه رجعياً احتمالان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

قلت : الصواب أنه يقع رجعياً .

وعلى القول الآخر : لا يقع بها شىء .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَتْ « طَلِّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ » فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا : اسْتَحَقَّهَا ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن قال « أنت طالق ثلاثاً بألف » استحق ثلث الألف فقط .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : و إن قالت « طلقنى واحدة بألف » أو « على ألف » فقال « أنت طالق ثلاثا بألف » أخذها . والأقوى ، إن رضيت :أخذها . و إن أبت : لم تطلق . انتهى .

تنبيه : وكذا الحكم لو طلقها اثنتين . قاله فى الروضة .

فائدة : لو قالت « طلقنى واحدة بألف» فقال « أنت طالق ، وطالق ، وطالق» بانت بالأولة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . واختاره القاضى فى المجرد .

قلت : فيعايى بها .

وقيل : تطلق ثلاثا .

قلت : هذا موافق لقواعد المذهب . والأول مشكل عليه .

قال فى القواعد الأصولية : لو قالت له زوجته التى لم يدخل بها «طلقنى بألف» فقال « أنت طالق ، وطالق ، وطالق » فقال القاضى فى المجرد : تطلق هنا واحدة . وما قاله فى المجرد بعيد على قاعدة المذهب .

وخالفه فى الجامع الكبير ، فقال : تطلق هنا ثلاثا ، بناء على قاعدة المذهب أن الواو : لمطلق الجمع .

ثم ناقض ، فذكر فى نظيرتها : أنها تطلق واحدة .

ومن الأصحاب من وافقه فى بعض الصور . وخالفه فى بعضها .

ومنهم من قال : ماقاله سهو على المذهب . ولا فرق عندنا بين قوله « أنت طالق ثلاثا » وبين قوله « أنت طالق وطالق وطالق » .

وهو طريق صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية . انتهى .

فعلى المذهب : لو ذكر الألف عقيب الثانية : بانت بها . والأولى رجعية . ولغت الثالثة .

قوله ﴿ وإنْ قَالَتْ « طلقنى ثَلاَثاً بِأَلْفٍ » فَطلَّقَهَا وَاحِدَةً : لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئاً . وَوَقعت رَجْعِيَّةً ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

﴿ وَيحْتَمِلُ أنْ يَسْتَحِقَّ ثُلُثَ الألفِ ﴾ .

وهو لأبى الخطاب . وهو رواية فى التبصرة وتقع بائنة .

قوله ﴿ وَإنْ لَمْ يَكُنْ بَقِيَ مِنْ طَلَاقِهَا إلاَّ وَاحِدَة . فَفَعلَ : اسْتَحَقَّ الألْف ، عَلِمَتْ أوْلَمْ تعلمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . قاله المصنف ، والشارح .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ إلاَّ ثُلُثَهُ ، إذَا لَمْ يَعْلَمْ ﴾ وهو للمصنف هنا .

قوله ﴿ وَإن كَانَ لَهُ امْرَأتَانِ مُكَلَّفَةٌ ﴾ يعنى رشيدة ﴿ وَغَيْرُ مُكَلَّفَةٍ ﴾ .

يعنى : وكانت مميزة ﴿ فقال : أنتُمَا طَالِقَتَانِ بِألْفٍ إنْ شِئْتُمَا . فقالتا : قَدْ شِئْنَا : لَزِمَ المُكَلَّفَةَ نِصفُ الألفِ . وَطَلُقَتْ بَائِناً ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه يلزمها نصف الألف .

اختاره أبو بكر ، وابن عبدوس ، فى تذكرته .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم .

وعند ابن حامد : يقسط الألف على قدر مهريهما .

وذكره المصنف ، والشارح : ظاهر المذهب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

قوله ﴿ وَوَقَعَ الطلاقُ بِالأُخْرَى رَجْعِيًا ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا مشيئة لها .

فعلى هذا : لاتطلق واحدة منهما ، كما لو كانت غير مميزة .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : وكذلك المحجور عليها للسفه ، حكمها حكم غير المكلفة .

فائدتان

إحداهما : لو قالت له زوجتاه « طلقنا بألف » فطلق إحداهما : بانت بقسطها من الألف .

ولو قالته إحداهما : فطلاقه رجعى ، ولا شىء له . صححه فى المحرر . وقدمه فى الكافى .

قال فى المغنى : قياس قول أصحابنا : لايلزم الباذلة هنا شىء .

وقال القاضى : هى كالتى قبلها .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لو قالت « طلقنى بألف ، على أن لا تطلق ضرتى » أو « على أن تطلقها » صح شرطه وعوضه . فإن لم يف : استحق ــ فى الأصح ــ الأقل منه ، أو المسمى . قاله فى الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ : طَلُقَتْ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا ﴾ .

يعنى : أن ذلك ليس بشرط ، ولا كالشرط . على الصحيح من المذهب .

لكن إذا قبلت : فتارة تقبل فى المجلس ، وتارة لا تقبل .

فإن قبلت فى المجلس : بانت منه واستحقه . وله الرجوع قبل قبولها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع .

وجعله المصنف ـ رحمه الله ـ فى المغنى : كـ « إن أعطيتينى ألفاً . فأنت طالق » كما تقدم قريباً .

وإن لم تقبل فى المجلس ، فالصحيح من المذهب : أنها تطلق مجاناً رجعياً .

ولا شىء عليها . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . منهم ابن عقيل .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

بل قطع به أكثر الأصحاب .

[وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى] .

وقيل : لاتطلق حتى تختار . ذكره فى الرعايتين .

ولم أره فى غيرهما . والظاهر : أنه التخريج .

وقال القاضى : لاتطلق .

قال فى الفروع : وخرج من نظيرتها فى العتق : عدم الوقوع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « عَلَى أَلْفٍ » أَوْ « بِأَلْفٍ » فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : أن ذلك ليس بشرط ، ولا كالشرط . على الصحيح من المذهب .

لكن إن قبلت فى المجلس : بانت منه . واستحق الألف . وله الرجوع قبل قبولها ، كالأولى . وهذا المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع .

وجعله فى المغنى : كـ « إن أعطيتينى ألفاً فأنت طالق » كما تقدم .

قال فى المحرر — فى الصور الثلاث — وقيل : إذا جعلناه رجعياً بلا قبول ، فكذلك إذا قبل .

وإن لم يقبل ، فالصحيح من المذهب : أنه يقع رجعياً . ولا شىء عليها . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع .

وجزم به فى القواعد في قوله « بألف » .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَطْلُقَ حَتَّى تَخْتَارَ ، فَيَلْزَمُهَا الْأَلْفُ ﴾ .

وهو قول القاضى فى المجرد . نقله عنه ابن منجا فى شرحه ، وغيره .

واختاره ابن عقيل . نقله عنه فى المحرر ، وغيره .

وقال القاضى فى موضع من كلامه : لا تطلق . إلا إذا قال « بألف » فلا تطلق حتى تختار ذلك . واختاره الشارح .

ونقل المصنف فى المغنى ، والشارح ، وابن منجا عن القاضى ، أنه قال : لاتطلق فى قوله « على ألف » حتى تختار .

قال فى الفروع : وخرج عدم الوقوع من نظيرتهن فى العتق .

[وقال القاضى — فى موضع من كلامه أيضاً — إنها لا تطلق إلا فى قوله لها « أنت طالق بألف » نقله عنه فى المحرر وغيره .

وقال ابن عقيل : لا تطلق فى الصورتين الأولتين . وتطلق فى الأخيرة][1] .

فائدة : لاينقلب الطلاق الرجعى بائنا ببذلها الألف فى المجلس فى الصور الثلاث . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقيل : بلى فى الصورتين الأخيرتين فقط .

قلت : فيعايى بهما .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : مع أن « علي » للشرط اتفاقا .

وقال المصنف فى المغنى : ليست للشرط ولا للمعاوضة . لعدم صحة قوله « بعتك ثوبى على دينار » .

قوله ﴿ وَإِنْ خَالَعَتْهُ فِى مَرَضِ مَوْتِهَا : فَلَهُ الأَقَلُّ مِنَ المسَمَّى ، أَوْ مِيرَاثُهُ مِنْهَا ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وابن منجا ، والخرقى ، والزركشى ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل : إذا خالعته على مهرها : فللورثة منعه ، ولو كان أقل من ميراثه منها .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَهَا فِى مَرَضِ مَوْتِه ، وَأَوْصَى لَهَا بِأَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهَا : لَمْ تَسْتَحِقَّ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهَا . وَإِنْ خَالَعَهَا فِى مَرَضِهِ ، أَوحَابَاهَا : فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ﴾ .

قد تقدم فى أواخر باب الهبة « إذا عاوض المريض بثمن المثل للوارث وغيره » و « إذا حابى وارثه أو أجنبيا » فليعاود .

قوله ﴿ وَإِذَا وَكَّلَ الزَّوْجُ فِى خُلْعِ امْرَأَتِهِ مُطْلَقاً . فَخَالَعَ بِمَهْرِهَا فَمَا زَادَ : صَحَّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ نَقَصَ مِنَ المَهْرِ : رَجَعَ عَلَى الوَكِيلِ بِالنَّقْصِ ﴾ ويصح الخلع .

هذا المذهب ، وأحد الأقوال . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى الرعايتين ، وتجريد العناية . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحاوى الصغير .

و يحتمل أن يخير بين قبوله ناقصاً و بين رده وله الرجعة .

وهذا الاحتمال للقاضى ، وأبى الخطاب .

وقيل : يجب مهر مثلها . وهو احتمال للقاضى أيضاً .

وقيل : لا يصح الخلع . وقدمه النـاظم ، وصححه . وإليه ميل المصنف ، والشارح . وهو ظاهر قول ابن حامد ، والقاضى .

وأطلق الأول والأخير فى المحرر والشرح .

وأطلق الأول ، والثالث ، والرابع فى الفروع . والثانى لم يذكره فيه .

فائدة : لو خالع وكيله بلا مال : كان الخلع لغواً مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح إن صح الخلع بلا عوض ، وإلا وقع رجعيا .

وأما وكيلها : فيصح خلعه بلا عوض .

قوله ﴿ وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْعِوَضَ فَنَقَصَ مِنْهُ : لَمْ يَصِحَّ الْخُلْعُ عِنْدَ ابْنِ حَامِدٍ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح .

وصححه فى الرعايتين ، والنظم . وقدمه فى الخلاصة . وجزم به فى المنور .

وقال أبو بكر : يصح ، و يرجع على الوكيل بالنقص .

قال فى الفائدة العشرين : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا أصح . وجزم به فى الوجيز .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَتِ الْمَرْأَةُ فِى ذَلِكَ ، فَخَالَعَ بِمَهْرِهَا فَمَا دُونَ ، أَوْ بِمَا عَيَّنَتْهُ فَمَا دُونَ : صَحَّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ زَادَ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا أحد الأقوال . وجعله ابن منجا فى شرحه المذهب . وصححه الناظم .

ويحتمل أن يصح ، وتبطل الزيادة .

يعنى : أنها لا تلزم الوكيل .

وقيل : لا تصح فى المعين ، وتصح فى غيره .

وقيل : تصح ، وتلزم الوكيل الزيادة . وهو المذهب . صححه فى الرعايتين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح .

وقال القاضى فى المجرد : عليها مهر مثلها . ولا شىء على وكيلها . لأنه لم يقبل العقد لها ، لا مطلقاً ولا لنفسه . بخلاف الشراء .

وأطلقهن فى الفروع ، إلا الثانى . فإنه لم يذكره .

وقال فى المستوعب : إذا وكلته وأطلقت : لا يلزمها إلا مقدار المهر المسمى . فإن لم يكن فمهر المثل .

وقال ـ فيما إذا زاد على ماعينت له ـ يلزم الوكيل الزيادة .

وقال ابن البنا : يلزمها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو المسمى .

فائدتاه

إحداهما : لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة ـ جنساً ، أو حلولا ، أو نقد بلد ـ فقيل : حكمه حكم غيره ، فيه الخلاف المتقدم .

قال القاضى : القياس أن يلزم الوكيل الذى أذن فيه ، ويكون له ماخالع به ورده المصنف .

وقيل : لا يصح الخلع مطلقاً .

قال المصنف ، والشارح : القياس أنه لا يصح هنا .

قال فى الكافى ، والرعاية : لا يصح . وأطلقهما فى الفروع

الثانية : لو كان وكيل الزوج والزوجة واحداً ، وتولى طرفى العقد : كان حكمه حكم النكاح . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ولا يتولى طرفى الخلع وكيل واحد . وخرج جوازه .

قوله ﴿ وَإِنْ تخالَعَا : تَرَاجَعَا بِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الحُقُوقِ ﴾ .

يعنى : حقوق النكاح . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : أنها تسقط .

واستثنى الأصحاب ـ منهم المصنف ، والمجد ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم ـ نفقة العدة .

زاد فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما ـ وهو مراد غيرهم ـ و بقية ماخولع ببعضه .

تنبيهان

أحدهما : قوله ﴿ وَعَنْهُ أَنَّهَا تَسْقُطُ ﴾ يعنى حقوق النكاح .

أما الديون ونحوها : فإنها لا تسقط قولا واحداً . قاله الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

الثانية : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ تَخَالَعَا ﴾ أنهما لو تطالقا تراجعا بجميع الحقوق قولا واحداً . وهو صحيح . صرح به ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفروع ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ العِوَضِ ، أَوْ عَيْنِهِ ، أَوْ تأجيلِه : فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، مَعَ يَمِينِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وصححه فى البلغة ، وغيره .

ويتخرج : أن القول قول الزوج . خرجه القاضى . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . حكاها القاضى أيضا .

وقيل : القول قول الزوج إن لم يجاوز مهرها .

ويحتمل أن يتحالفا ، إن لم يكن بلفظ طلاق ، ويرجعا إلى المهر المسمى إن كان ، وإلا إلى فمهر المثل إن لم يكن مسمى . وهو لأبى الخطاب .

قوله ﴿ وَإِنْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِصِفَةٍ ، ثُمَّ خَالَعَهَا ﴾ أو أبانها بثلاث أو دونها ﴿ فَوُجِدَتِ الصِّفَةُ . ثم عاد فتزوجها ، فَوُجِدَتُ الصِّفَةَ ﴾ طَلُقَتْ نَصَّ عَلَيْهِ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

ويتخرج أن لاتطلق ، بناء على الرواية فى العتق . واختاره أبو الحسن التميمى .

وجزم فى الروضة بالتسوية بين العتق والطلاق .

وقال أبو الخطاب ـ وتبعه فى الترغيب ـ : الطلاق أولى من العتق .

وحكاه ابن الجوزى رواية . والشيخ تقى الدين ، وحكاه أيضاً قولا .

وجزم به أبو محمد الجوزى ، فى كتابه « الطريق الأقرب فى العتق والطلاق »

فائدة : وكذا الحكم إن قال « إن بِنْتِ منى ، ثم تزوجتك ، فأنت طالق » فبانت ، ثم تزوجها . قاله فى الفروع .

وقال فى التعليق احتمالا : لا يقع ، كتعليقه بالملك .

قال الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن طلق واحدة ، ثم قال « إن راجعتك فأنت طالق ثلاثا » ـ إن كان هذا القول تغليظا عليها فى أن لا تعود إليه : فمتى عادت إليه فى العدة و بعدها ، طلقت .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ تُوجَدِ الصِّفَةُ حَالَ الْبَيْنُونَةِ : عادت . رِوَايَةٌ وَاحِدَة﴾ هكذا قال الجمهور .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله ، رواية : أن الصفة لا تعود مطلقا . يعنى سواء وجدت حال البينونة ، أو لا .

قلت : وهو الصحيح فى منهاج الشافعية .

فوائد

الأولى : يحرم الخلع حيلة لإسقاط عين طلاق . ولا يقع على الصحيح من المذهب .

جزم به ابن بطة فى مصنف له فى هـذه المسألة . وذكره عن الآجرى . وجزم به فى عيون المسائل ، والقاضى فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وقال : هو محرم عند أصحابنا .

وكذا قال المصنف فى المغنى : هـذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق . والحيل خدع لاتحل ماحرم الله .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : خلع الحيلة لايصح على الأصح . كما لا يصح نكاح المحلل . لأنه ليس المقصود منه الفرقة . و إنما يقصد به بقاء المرأة مع زوجها . كما فى نكاح المحلل . والعقد لايقصد به نقيض مقصوده . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحرم ، ويقع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ويحرم الخلع حيلة ، ويقع . فى أصح الوجهين .

قال فى الفروع : وشذ فى الرعاية ، فذكره .

قلت : غالب الناس واقع فى هذه المسألة . وكثيراً مايستعملونها فى هذه الأزمنة . ففى هذا القول فرج لهم .

واختاره ابن القيم فى أعلام الموقعين . ونصره من عشرة أوجه .

وقال فى الفروع : ويتوجه أن هـذه المسألة ، وقصد المحلل التحليل ، وقصد أحد المتعاقدين قصداً محرماً ، كبيع عصير ممن يتخذه خمراً : على حـد واحد . فيقال فى كل منهما ماقيل فى الأخرى .

الثانية : لو اعتقد البينونة بذلك ، ثم فعل ماحلف عليه : فحكمه حكم مطلق أجنبية فتبين أنها امرأته . على مايأتى فى آخر باب الشك فى الطلاق . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

[فلو لقى امرأته ، فظنها أجنبية . فقال لها « أنت طالق » ففى وقوع الطلاق روايتان . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، الفروع ، وغيرهم .

إحداهما : لا يقع .

قال ابن عقيل ، وغيره : العمل على أنه لايصح .

وجزم به فى الوجيز ، واختاره أبو بكر .

والرواية الثانية : يقع . جزم به فى تذكرة ابن عقيل ، والمنور ، وغيرهما .

قال فى تذكرة ابن عبدوس : دُيِّن ولم يقبل حكما . انتهى] [1] .

وقال فى القواعد الأصولية : قال أبو العباس : لو خالع وفعل المحلوف عليه بعد الخلع ، معتقداً أن الفعل بعد الخلع لم يتناوله يمينه ، أو فعل المحلوف عليه معتقداً زوال النكاح ، ولم يكن كذلك : فهو كما لو حلف على شىء بظنه فبان بخلافه . وفيه روايتان يأتيان فى كتاب الأيمان .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وقد جزم المصنف هناك : أنه لا يحنث .

قلت : ومما يشبه أصل هذا : ما قاله الأصحاب فى الصوم لو أكل ناسياً واعتقد الفطر به ، ثم جامع . فإنهم قالوا : حكمه حكم الناسى .

وقد اختار جماعة من الأصحاب فى هذه المسألة : أنه لا يكفر . منهم ابن بطة ، والآجرى ، وأبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق . بل قالوا — عن غير ابن بطة — إنه لا يقضى أيضاً . والله أعلم .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً رحمه الله : خلع اليمين هل يقع رجعياً ، أو لغواً ، وهو أقوى ؟ فيه نزاع . لأن قصده ضده كالمحلل .

[الثالثة : قال ابن نصر الله — فى حواشيه على الفروع — قال فى المغنى فى الكتابة قبل مسألة ما لو قبض من نجوم كتابته شيئاً استقبل به حولا .

فقال : فصل . وإذا دفع إليه مال كتابته ظاهراً . فقال له السيد « أنت حر » أو قال « هذا حر » ثم بان العوض مستحقاً : لم يعتق بذلك . لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء . ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه ، وأنكر السيد . فالقول قول السيد مع يمينه . لأن الظاهر معه . وهو أخبر بما نوى . انتهى](1) .

الثالثة :(2) لو أشهد على نفسه بطلاق ثلاث ، ثم استفتى ، فأفتى بأنه لاشىء عليه : لم يؤاخذ بإقراره لمعرفة مستنده . ويقبل قوله بيمينه أن مستنده فى إقراره ذلك مما يجهله مثله .

[لأن حلفه على المستند دون الطلاق ، ولم يسلم ضمناً . فهو وسيلة له يغتفر فيه مالا يغتفر فى المقصود ، لأنه دونه ، وإن كان سبباً له ، بمعنى توقفه عليه ، لا أنه مؤثر فيه بنفسه ، وإلا لكان علة فاعلية لا سببية ، ووسيلة .

ودليله : قصة « بانت سعاد » حيث أقر بذلك كعب بن زهير رضى الله عنه .

---

(1) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .   (2) كان حقها « الرابعة »

لاعتقاده أنها بانت منه بإسلامه دونها . فأخبره النبي صلى الله عليه وسلم ، والصحابة بأنها لم تَبِنْ . وأن ذلك لا يضره . تغليباً لحق الله تعالى على حقها . وهو قريب عهد بالإسلام . وذلك قرينة جهله بحكمه فى ذلك . ولم يقصد به إنشاءه ، وإلا لما ندم عليه متصلا به . وإنما ندم على ما أقر به ، لتوهمه صحة وقوعه . وقياسه الخلع . وبقية حقوق الله تعالى المحضة ، أو الغالب له فيها حق على حق غيره تعالى . لأن حقه مبنى على المسامحة ، وحق غيره على المشاححة بدليل مسامحة النبي صلى الله عليه وسلم له بهجره له قبل إسلامه ، وهو حربى ، وهو الشاعر الصحابى كعب بن زهير ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتله قبله . فبلغ ذلك أخاه مالك بن زهير ، فأتى إليه فأخبره بذلك . فأسلم . فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو مسلم معه . فامتدحه بالبردة المذكورة فى القصة . وحقه عليه الصلاة والسلام من حق الله . بدليل سهم خمس الخمس والفىء والغنيمة ، وكسبهما أو أحدهما[1] .

ذكره الشيخ تقى الدين وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

ذكره فى أواخر باب صريح الطلاق وكنايته .

[الرابعة : قال ابن نصر الله ـ فى حاشيته][1] قلت : ومما يؤيد ذلك ويقويه : ماقاله الشيخ الموفق فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : أن السيد إذا أخذ حقه من المكاتب ظاهراً ، ثم قال : هو حر ، ثم بان مستحقاً : أنه لا يعتق كما تقدم نقله فى باب الكناية .

الخامسة : ذكر ابن عقيل فى واضحه : أنه يستحب إعلام المستفتى بمذهب غيره ، إن كان أهلاً للرخصة ـ كطالب التخلص من الربا ـ فيدله على من يرى التحيل للخلاص منه ، والخلع بعدم وقوع الطلاق . انتهى .

ونقل القاضى أبو الحسين فى فروعه ـ فى كتاب الطهارة ـ عن الإمام أحمد

---

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

رحمه الله أنهم جاءوه بفتوى . فلم تكن على مذهبه . فقال : عليكم بحلقة المدنيين .

فنى هذا دليل على أن المفتى إذا جاءه المستفتى ، ولم يكن له عنده رخصة . فله أن يدله على صاحب مذهب له فيه رخصة .

وذكر فى طبقاته : قال الفضل بن زياد : سمعت أبا عبد الله ـ وسُئل عن الرجل يسأل عن الشىء فى المسائل ، فهل عليه شىء من ذلك ؟ .

فقال : إذا كان الرجل متبعاً أرشده إليه فلا بأس .

قيل له : فيفتى بقول مالك ، وهؤلاء ؟ قال : لا ، إلا بسنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم وآثاره ، وما روى عن الصحابة رضى الله عنهم ، فإن لم يكن فعن التابعين . انتهى .

ويأتى التنبيه على ذلك فى أواخر كتاب القضاء ، فى أحكام المفتى .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الطلاق

فائدة : قوله ﴿ وَهُوَ حَلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ ﴾ .

وكذا قال غيره . وقال فى الرعاية الكبرى : حل قيد النكاح ، أو بعضه بوقوع مايملكه من عدد الطلقات ، أو بعضها .

وقيل : هو تحريم بعد تحليل . كالنكاح : تحليل بعد تحريم .

قوله ﴿ وَيُبَاحُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَيُكْرَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ . وَعَنْهُ : أَنَّهُ يَحْرُمُ . وَيُسْتَحَبُّ إِذَا كَانَ فِى بَقَاءِ النِّكَاحِ ضَرَرًا ﴾ .

اعلم أن الطلاق ينقسم إلى أحكام التكليف الخمسة . وهى : الإباحة ، والاستحباب ، والكراهة ، والوجوب ، والتحريم .

فالمباح : يكون عند الحاجة إليه . لسوء خلق المرأة ، أو لسوء عشرتها ، وكذا للتضرر منها من غير حصول الغرض بها . فيباح الطلاق فى هذه الحالة من غير خلاف أعلمه .

والمكروه : إذا كان لغير حاجة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنه يحرم . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

وعنه : يباح . فلا يكره ولا يحرم .

والمستحب : وهو عند تفريط المرأة فى حقوق الله الواجبة عليها . مثل الصلاة ونحوها . وكونها غير عفيفة . ولا يمكن إجبارها على فعل حقوق الله تعالى . فهذه يستحب طلاقها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ،

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يجب . لـكونها غير عفيفة ، ولتفريطها فى حقوق الله تعالى .

قلت : وهو الصواب .

وذكر فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم ، أن المستحب : هو فيما إذا كانت مفرطة فى حق زوجها ولا تقوم بحقوقه .

قلت : وفيه نظر .

فائدتان

إحداهما : زِنَى المرأة لا يفسخ النكاح . نص عليه .

ونقل المروذى ـ فيمن يُشـكر زوج أخته ـ يحولها إليه .

وعنه أيضاً : يفرق بينهما ؟ قال : الله المستعان .

الثانية : إذا ترك الزوج حق الله . فالمرأة فى ذلك كالزوج . فتتخلص منه بالخلع ونحوه .

والمحرم : وهو طلاق الحائض ، أو فى طهر أصابها فيه ، على ما يأتى إن شاء الله تعالى فى باب سنة الطلاق و بدعته .

والواجب : وهو طلاق المولِى بعد التربص . إذا أبى الفَيْئة ، وطلاق الحـكمين إذا رأيا ذلك . قاله الأصحاب .

ذكر المصنف الثلاثة الأول هنا . والرابع : ذكره فى باب سنة الطلاق وبدعته . والخامس : ذكره فى باب الإيلاء .

فائدة : لا يجب الطلاق فى غير ذلك . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يجب الطلاق إذا أمره أبوه به . وقاله أبو بكر فى التنبيه .

وعنه : يجب بشرط أن يكون أبوه عدلا .

وأما إذا أمرته أمه : فنص الإمام أحمد رحمه الله : لا يعجبني طلاقه .

ومنعه الشيخ تقي الدين رحمه الله منه .

ونص الإمام أحمد رحمه الله — في بيع السرية — : إن خفت على نفسك . فليس لها ذلك . وكذا نص فيما إذا منعاه من التزويج .

قوله ﴿ وَمِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ يَصِحُّ طَلَاقُ الْمُمَيِّزِ الْعَاقِلِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب

قال في القواعد الأصولية : والأصحاب على وقوع طلاقه . وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله في رواية الجماعة . منهم عبد الله ، وصالح ، وابن منصور ، والحسن بن ثواب ، والأثرم ، وإسحاق بن هانىء ، والفضل بن زياد ، وحرب ، والميموني .

قال في الفروع : نقله واختاره الأكثر .

قال الزركشي : هذا اختيار عامة الأصحاب : الخرقي ، وأبي بكر ، وابن حامد والقاضي وأصحابه . كالشريف ، وأبي الخطاب ، وابن عقيل ، وغيرهم .

قال في المذهب : يقع طلاق المميز في أصح الروايتين . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الهداية ، والمغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يصح منه حتى يبلغ .

وجزم به الأدمي ، والبغدادي ، وصاحب المنور .

واختاره ابن أبي موسى ، وغيره .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، وإدراك الغاية .

قال في العمدة : ولا يصح الطلاق إلا من زوج مكلف مختار .

وأطلقهما في مسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والبلغة وتجريد العناية .

وعنه : يصح من ابن عشر سنين .

نقل صالح : إذا بلغ عشراً يتزوج ، ويُزوج ويُطلِّق . واختاره أبو بكر .

وفى طريقة بعض الأصحاب : فى طلاق مميز روايتان .

وعنه : يصح من ابن اثنتى عشرة سنة .

قال الشارح : أكثر الروايات : تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل . وهو اختيار القاضى .

وروى أبو الحارث عن الإمام أحمد رحمه الله : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه مابين عشر إلى ثنتى عشرة .

وهذا يدل على أنه لايقع ممن له دون العشر . وهو اختيار أبى بكر .

وتقدم شيء من ذلك فى أول كتاب البيع .

وتقدم فى أوائل الخلع فى كلام المصنف « هل يصح طلاق الأب لزوجة ابنه الصغير ؟ » .

قوله ﴿ وَمَنْ زَالَ عَقْلُهُ بِسَبَبٍ يُعْذَرُ فِيهِ ـ كَالمَجْنُونِ ، وَالنَّائِمِ ، وَالْمُغْمَى عَلَيْهِ ، وَالْمُبَرْسَمِ ـ : لَمْ يَقعْ طَلَاقُهُ ﴾ .

هذا صحيح . لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون ـ بعد أن أفاقا ـ أنهما طلقا : وقع الطلاق . نص عليه .

قال المصنف : هذا فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية .

فأما المبرسم ، ومن به نشاف : فلا يقع .

وقال فى الروضة : المبرسم ، والمسوس إن عقلا الطلاق : لزمهما .

قال فى الفروع : ويدخل فى كلامهم : مَنْ غضب حتى أغمى عليه ، أو غشى عليه

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يدخل ذلك فى كلامهم بلا ريب .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : إن غَيَّرَه الغضب ، ولم يزل عقله : لم يقع الطلاق . لأنه ألجاه وحمله عليه فأوقعه ـ وهو يكرهه ـ ليستريح منه . فلم يبق له قصد

صحيح . فهو كالمكره . ولهذا لايجاب دعاؤه على نفسه وماله . ولا يلزمه نذر الطاعة فيه .

قوله ﴿ وَإِنْ زَالَ بِسَبَبٍ لَا يُعْذَرُ فِيهِ ـ كَالسَّكْرَانِ ـ : فَفِي صِحَّةِ طَلَاقِهِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما الخرقى ، والحلوانى ، فى كتاب الوجهين ، والروايتين ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والمذهب الأحمد ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والزبدة ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

إحداهما : يقع . وهو المذهب . اختاره أبو بكر الخلال ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والشيرازى . وصححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، وإدراك الغاية ، ونهاية ابن رزين .

وجزم به فى الخلاصة ، والعمدة ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، والوجيز . وقدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

قال فى القاعدة الثانية بعد المائة : هذا المشهور من المذهب .

قال ابن مفلح فى أصوله : تعتبر أقواله وأفعاله فى الأشهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، وأكثر أصحابه . وقدمه .

وقال الطوفى فى شرح مختصره : هذا المشهور بين الأصحاب .

والرواية الثانية : لا يقع . اختاره أبو بكر عبد العزيز فى الشافى ، وزاد المسافر ، وابن عقيل . ومال إليه المصنف ، والشارح ، وابن رزين فى شرحه .

واختاره الناظم ، والشيخ تقى الدين ، وناظم المفردات . وقدمه . وهو منها . وجزم به فى التسهيل .

قال الزركشى : ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر .

نقل الميمونى : كنت أقول : يقع ، حتى تبينته . فغلب علىّ أنه لا يقع .

ونقل أبو طالب : الذى لا يأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة . والذى يأمر به : أتى باثنتين . حرمها عليه ، وأباحها لغيره .

ولهذا قيل : إنها آخر الروايات .

قال الطوفى فى شرح الأصول : هذا أشبه .

وعنه : الوقف .

قال الزركشى : وفى التحقيق لا حاجة إلى ذكر هذه الرواية . لأن الإمام أحمد رحمه الله حيث توقف . فللأصحاب قولان . وقد نص على القولين ، واستغنى عن ذكر الرواية .

قلت : ليس الأمر كذلك . بل توقفه لقوة الأدلة من الجانبين . فلم يقطع فيها بشىء .

وحيث قال بقول . فقد ترجح عنده دليله على غيره . فقطع به .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ تُخَرَّجُ فِى قَتْلِهِ ، وَقَذْفِهِ ، وَسَرِقَتِهِ ، وَزِنَاهُ ، وَظِهَارِهِ وَإِيلَائِهِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية : وكذا بيعه ، وشراؤه ، وردته ، وإقراره ، ونذره ، وغيرها . قاله المصنف ، وغيره .

اعلم أن فى أقوال السكران وأفعاله : روايات صريحات عن الإمام أحمد رحمه الله .

إحداهن . أنه مؤاخذ بها ، فهو كالصاحى فيها . وهو المذهب .

جزم به فى المنور . وقدمه فى الفروع .

قال فى القاعدة الثانية بعد المائة : السكران بشرب الخمر عمداً ، فهو كالصاحى فى أقواله وأفعاله فيما عليه ، فى المشهور من المذهب ، بخلاف من سكر ببنج ، ونحوه . انتهى .

وتقدم كلام ابن مفلح فى أصوله .

والرواية الثانية : أنه ليس بمؤاخذ بها . فهو كالمجنون فى أقواله وأفعاله . واختاره الناظم .

وقدمه المصنف فى هذا الكتاب — فى إقراره — فى كتاب الإقرار .

وكذا قدمه كثير من الأصحاب فى الإقرار . على ما يأتى .

قال ابن عقيل : هو غير مكلف .

والرواية الثالثة : أنه كالصاحى فى أفعاله ، وكالمجنون فى أقواله .

والرواية الرابعة : أنه فى الحدود كالصاحى . وفى غيرها كالمجنون .

قال الإمام أحمد رحمه الله — فى رواية الميمونى — : تلزمه الحدود ، ولا تلزمه الحقوق . وهذا اختيار أبى بكر فيما حكاه عنه القاضى . نقله الزركشى .

والرواية الخامسة : أنه فيما يستقل به — مثل قتله وعتقه ، وغيرهما — كالصاحى . وفيما لا يستقل به — كبيعه ونكاحه ، ومعاوضاته — كالمجنون . حكاها ابن حامد .

قال القاضى : وقد أومأ إليها فى رواية البرزاطى . فقال : لا أقول فى طلاقه شيئاً . قيل له : فبيعه وشراؤه ؟ فقال : أما بيعه وشراؤه : فغير جائز .

وأطلقهن فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال الزركشى : قلت : ونقل عنه إسحاق بن هانىء مايحتمل عكس الرواية الخامسة . فقال « لا أقول فى طلاق السكران وعتقه شيئاً ، ولكن بيعه وشراؤه جائز » .

وعنه : لا تصح ردته فقط . حكاها ابن مفلح فى أصوله .

ويأتى الخلاف فى قتله فى « باب شروط القصاص » فى كلام المصنف .

فوائد

الأولى : حد السكران — الذى تترتب عليه هذه الأحكام — هو الذى يخلط فى كلامه وقراءته ، ويسقط تمييزه بين الأعيان . ولا يشترط فيه أن يكون بحيث

لايميز بين السماء والأرض ، ولا بين الذكر والأنثى . قاله القاضى وغيره فى رواية حنبل . فقال : السكران الذى إذا وضع ثيابه فى ثياب غيره فلم يعرفها ، أو وضع نعله فى نعالهم فلم يعرفه . وإذا هذى فى أكثر كلامه ، وكان معروفاً بغير ذلك .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يكفى تخليط كلامه . ذكره أكثرهم فى باب حد السكر .

وضبطه بعضهم ، فقال : هو الذى يختل فى كلامه المنظوم ، ويبيح بسره المكتوم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وزعم طائفة من أصحاب مالك ، والشافعى وأحمد رحمهم الله : أن النزاع فى وقوع طلاقه إنما هو فى النشوان . فأما الذى تم سكره ، بحيث لا يفهم مايقول : فإنه لا يقع به ، قولا واحداً .

قال : والأئمة الكبار جعلوا النزاع فى الجميع .

الثانية : قال جماعة من الأصحاب : لا تصح عبادة السكران .

قال الإمام أحمد رحمه الله « ولا تقبل صلاته أربعين يوماً حتى يتوب » للخبر [1] . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثالثة : محل الخلاف فى السكران ، عند جمهور الأصحاب : إذا كان آثماً فى سكره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . فإن قوله « فإن زال عقله بسبب لا يعذر فيه يدل عليه » .

---

(١) عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً ، فإن تاب تاب الله عليه ـ الحديث » رواه الترمذى ، وحسنه ، والحاكم وصحح إسناده . وروى النسائى نحوه . ومثله عن عبد الله بن عمرو بن العاص عند ابن حبان فى صحيحه ، والحاكم مختصراً .

فأما إن أكره على السكر : فحكمه حكم المجنون . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال ابن مفلح فى أصوله : والمعذور بالسكر كالمغمى عليه .

وقال القاضى فى الجامع الكبير ، فى كتاب الطلاق : فأما إن أكره على شربها : احتمل أن يكون حكمه حكم المختار ، لما فيه من اللذة ، واحتمل أن لا يكون حكمه حكم المختار ، لسقوط المأثم عنه والحد .

قال : وإنما يخرج هذا على الرواية التى تقول « إن الإكراه يؤثر فى شربها »

فأما إن قلنا : لا يؤثر الإكراه فى شربها ، فحكمه حكم المختار . انتهى .

قوله ﴿ وَمَنْ شَرِبَ مَا يُزِيلُ عَقْلَهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ : فَفِي صِحَّةِ طَلَاقِهِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

اعلم أن كثيراً من الأصحاب ألحقوا بالسكران : مَنْ شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة . كالمزيلات للعقل غير الخمر ـ من المحرمات ، والبنج ، ونحوه ـ فجعلوا فيه الخلاف الذى فى السكران . منهم ابن حامد ، وأبو الخطاب ، فى الهداية ، وصاحب المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمصنف هنا ، وفى الكافى ، والمغنى ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والزبدة .

ومن أطلق الخلاف فى السكران أطلقه هنا ، إلا صاحب الخلاصة . فإنه جزم بالوقوع من السكران .

وأطلق الخلاف هنا ، وصحح فى التصحيح الوقوع فيهما .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه كالسكران .

قال : لأنه قصد إزالة العقل بسبب محرم .

وقال فى الواضح : إن تداوى ببنج فسكر : لم يقع .

وصححه فى القاعدة الثانية بعد المائة .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلام جماعة .

قال فى الجامع الكبير : إن زال عقله بالبنج : نظرت . فإن تداوى به : فهو معذور . ويكون الحكم فيه كالمجنون .

وإن تناول مايزيل عقله لغير حاجة : كان حكمه كالسكران . والتداوى حاجة . انتهى .

قلت : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا تناوله لحاجة : أنه لا يقع .

وصرح به المصنف فى المغنى وغيره .

واعلم أن الصحيح من المذهب : أن تناول البنج ونحوه لغير حاجة ، إذا زال العقل به : كالمجنون ، لا يقع طلاق من تناوله . نص عليه . لأنه لا لذة فيه .

وفرق الإمام أحمد رحمه الله بينه وبين السكران . فألحقه بالمجنون .

وقدمه فى النظم ، والفروع . وهو ظاهر ما قدمه فى المحرر ، ومال إليه .

قال فى المنور : لا يقع من زائل العقل إلا بمسكر محرم .

وهو الظاهر من كلام الخرقى . فإنه قال : وطلاق الزائل العقل بلا سكر ، لا يقع .

قال الزركشى : قد يدخل ذلك فى كلام الخرقى .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : وإن أثم بسكر ونحوه ، فروايتان . ثم ذكر حكم البنج ونحوه .

فائدتان

إحداهما : قال الزركشى : ومما يلحق بالبنج : الحشيشة الخبيثة .

وأبو العباس يرى أن حكمها حكم الشراب المسكر . حتى فى إيجاب الحد .

[وهو الصحيح ، إن أسكرت أو كثيرها ، وإلا حرمت ، وعزر فقط فيها فى الأظهر . ولو طهرت][1] .

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

وفرق أبو العباس بينها و بين البنج . بأنها تشتهى وتطلب [1] . فهى كالخمر بخلاف البنج .

فالحكم عنده منوط باشتهاء النفس لها وطلبها .

الثانية : قال فى القاعدة الثانية بعد المائة : لو ضُرب برأسه فجن : لم يقع طلاقه على المنصوص . وعلله .

قوله ﴿ وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى الطَّلَاقِ بِغَيْرِ حَقٍّ : لَمْ يَقَعْ طَلَاقُهُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . نص عليه فى رواية الجماعة . وعليه الأصحاب .

وعنه : يشترط فى الوقوع : أن يكون المكره ــ بكسر الراء ــ ذا سلطان .

قوله ﴿ وَإِنْ هَدَّدَهُ ــ بِالْقَتْلِ ، أَوْ أَخْذِ الْمَالِ ، وَنَحْوِهِ ــ قَادِرٌ يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ وُقُوعُ مَا هَدَّدَهُ بِهِ : فَهُوَ إِكْرَاهٌ ﴾ .

هذا المذهب . صححه فى النظم ، وغيره .

واختاره ابن عقيل فى التذكرة ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهما .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

وعنه : لا يكون مكرهاً حتى ينال بشىء من العذاب ، كالضرب والخنق وعصر الساق . نص عليه فى رواية الجماعة .

واختاره الخرقي ، والقاضى ، وأصحابه . منهم الشريف ، وأبو الخطاب ، فى خلافيهما ، والشيرازى .

وجزم به فى الإرشاد . وقدمه فى الخلاصة . وهو من المفردات .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح .

---

(١) لا يشتهيها ويطلبها إلا من سفه نفسه .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير فى تهديده بغير القتل والقطع
وقطع فى المحرر ، والحاوى : أن الطلاق لايقع إذا هدده بالقتل أو القطع .
وقدم فى الرعايتين : أنه يقع إذا هدد بهما .

وعنه : إن هدده بقتل أو قطع عضو ، فإكراه . وإلا فلا .

قال القاضى فى كتاب الروايتين : التهديد بالقتل إكراه ، رواية واحدة .
وتبعه المجد فى المحرر ، والحاوى الصغير . وزاد : وقطع طرف . كما تقدم عنهما .

فوائد

الأولى : يشترط للإكراه شروط .

أحدها : أن يكون المكره ــ بكسر الراء ــ قادراً بسلطان أو تغلب ، كاللص ونحوه .

الثانى : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به ، إن لم يجبه إلى ماطلبه ، مع عجزه عن دفعه وهرب به واختفائه .

الثالث : أن يكون ما يستضر به ضرراً كثيراً ، كالقتل والضرب الشديد ، والحبس والقيد الطويلين ، وأخذ المال الكثير .

زاد فى الكافى : والإخراج من الديار .

وأطلق جماعة : الحبس . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

وقال المصنف ، والشارح : وأما الضرب اليسير : فإن كان فى حق من لايبالى به : فليس بإكراه . وإن كان فى ذوى المروءات ، على وجه يكون إخراقا بصاحبه وغضاً له ، وشهرة له فى حقه : فهو كالضرب الكثير فى حق غيره . انتهيا .

فأما السب والشتم والإخراق : فلا يكون إكراهاً . رواية واحدة .

قاله المصنف ، والشارح . وقدمه فى الرعاية ، والفروع .

وقيل : إخراق من يؤلمه ذلك : إكراه . وهو ظاهر كلامه فى الواضح .

قال القاضي في الجامع الكبير : الإكراه يختلف . فلا يكون إكراها ـ رواية واحدة ـ في حق كل أحد ، ممن يتألم بالشتم أو لا يتألم .

قال ابن عقيل : وهو قول حسن .

وقال ابن رزين في مختصره : لا يقع الطلاق من مكره ، لا بشتم وتوعد لسوقة

الثانية : ضرب ولده وحبسه ونحوهما : إكراه لوالده . على الصحيح من المذهب . صححه في الفروع ، والقواعد الأصولية ، وغيرهما .

واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . فلا يقع طلاق الوالد .

وقيل : ليس بإكراه له .

قال في الفروع : ويتوجه أن ضرب والده ونحوه وحبسه : كضرب ولده .

قال في القواعد الأصولية : ويتوجه تعديته إلى كل من يشق عليه تعديته مشقة عظيمة ، من والد وزوجة وصديق .

الثالثة : لو سحر ليطلق : كان إكراهاً . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قلت : بل هو منه أعظم الإكراهات .

[ذكره ابن القيم . والشيخ تقي الدين ، وابن نصر الله ، وغيرهم . وهو واضح وهو المذهب الصحيح][1] .

الرابعة : ينبغي للمكره ـ بفتح الراء ـ إذا أكره على الطلاق ، وطلق : أن يتأول . فإن ترك التأويل بلا عذر : لم يقع الطلاق . على الصحيح من المذهب .

جزم به في المغني ، والشرح ، ونصراه .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

وقيل : تطلق . وأطلقهما في الفروع ، والقواعد الأصولية .

قال في الرعاية الكبرى ، وقيل : إن نوى المكره ظلماً غير الظاهر : نفعه

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

تأويله . وإن ترك ذلك جهلا أو دهشة : لم يضره . وإن تركه بلا عذر : احتمل وجهين . انتهى .

وقال الزركشي : ولا نزاع – عند العامة – أنه إذا لم ينو الطلاق ، ولم يتأول بلا عذر : أنه لايقع .

ولابن حمدان : احتمال بالوقوع ، والحالة هذه . انتهى .

وكذا الحكم لو أكره على طلاق مبهمة . فطلق معينة .

وقال في الانتصار : هل يقع لغواً ، أو يقع بنية الطلاق ؟ فيه روايتان .

[يعني أن طلاق المكره : هل هو لغو ، لاحكم له ، أو هو بمنزلة الكناية ، إن نوى الطلاق : وقع . وإلا فلا ؟

وفيه الخلاف كما سيأتي ذلك في الفائدة السادسة والخمسين صريحاً فيهما][1] .

الخامسة : لو قصد إيقاع الطلاق ، دون دفع الإكراه : وقع الطلاق . على الصحيح من المذهب . صححه القاضي ، وجماعة من المتأخرين .

ويحتمل أن لايقع . وهما احتمالان في الجامع الكبير .

قال الزركشي : لو أكره – فطلق ونوى به الطلاق – فقيل : لا يقع . وهو ظاهر كلام الخرقي .

وقيل : إن نوى وقع ، وإلا فلا ، كالكناية . حكاهما في الانتصار .

وحكى شيخه عن الإمام أحمد رحمه الله ، مايدل على روايتين . وجعل الأشبه الوقوع . أورده أبو محمد مذهبا .

السادسة : الإكراه على العتق واليمين ونحوهما : كالإكراه على الطلاق . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : تنعقد يمينه .

---

(١) زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

قال فى الفروع : و يتوجه غيرها مثلها .

قوله ﴿ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ فِى النِّكَاحِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، كَالنِّكَاحِ بِلَا وَلِىّ ، عِنْدَ أَصْحَابِنَا ﴾ .

قلت : ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله وهو المذهب .

واختار أبو الخطاب : أنه لا يقع حتى يعتقد صحته .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى المذهب : وهو الصحيح عندى . واختاره صاحب التلخيص .

قال فى الحاوى الصغير : حمله أصحابنا على أن طلاقه يقع وإن اعتقد فساد النكاح .

وقال أبو الخطاب : كلام الإمام أحمد رحمه الله : محمول على من اعتقد صحة النكاح ، إما باجتهاد أو تقليد .

فأما من اعتقد بطلانه : فلا يقع طلاقه . انتهى .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا بالوقوع فيه . فإنه يكون طلاقا بائنا .

قاله فى الرعاية ، والفروع ، والنظم ، والمحرر ، وغيرهم .

قلت : فيعايى بها .

الثانية : يجوز الطلاق فى النكاح المختلف فيه فى الحيض . ولا يسمى طلاق بدعة .

قلت : فيعايى بها .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لايقع الطلاق فى نكاح مجمع على بطلانه .

وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : يقع . اختاره أبو بكر فى التنبيه .

فائدة : الصحيح من المذهب : أنه لا يقع الطلاق فى نكاح فضولى قبل إجازته . وإن بعد بها . وعليه الأصحاب . وفيه احتمال بالوقوع .

ذكره صاحب الرعاية الكبرى من عنده .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أن طلاق الفضولى كبيعه .

ذكره فى الفروع ، فى باب أركان النكاح .

قوله ﴿ وَإِذَا وَكَّلَ فِي الطَّلَاقِ مَنْ يَصِحُّ تَوكِيلُهُ : صَحَّ طَلَاقُه ﴾

قال فى الفروع : وإن صح طلاق مميز : صح توكيله .

وذكر ابن عقيل رواية اختارها أبو بكر ـ يعنى : ولو صح طلاقه : لم يصح توكيله . نص عليهما .

ذكره فى باب صريح الطلاق وكنايته .

قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يُطلِّقَ مَتَى شاء ، إلاَّ أَنْ يَحُدَّ لَهُ الزَّوْجُ حَدًّا ﴾ .

أو يفسخ ، أو يطأ .

الصحيح من المذهب : أن الوطء عزل للوكيل . وعليه الأصحاب .

وقيل : لا ينعزل به . وهو رواية فى الفروع .

ذكره فى باب الوكالة . وقال : فى بطلانها بقبلة خلاف .

قوله ﴿ وَلاَ يُطَلِّقُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إلاَّ أَنْ يَجْعَلَ إلَيْهِ ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز .

وقيل : له أن يطلق أكثر من واحدة ، إن لم يحد له حداً .

قال فى الهداية ، والمستوعب : فله أن يطلق متى شاء وما شاء ، إلا أن يحد فى ذلك حداً .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى النظم .

فائدة : لو وكله فى ثلاث ، فطلق واحدة ، أو وكله فى واحدة ، فطلق ثلاثا : طلقت واحدة ، بلا خلاف أعلمه . ونص عليه .

وإن خيره من ثلاث : ملك اثنتين فأقل . ولا يملك بالإطلاق تعليقا .

ذكره فى الفروع ، فى باب صريح الطلاق وكنايته .

ويأتى فى آخره أيضاً « هل يقع من الوكيل بالكناية إذا وكله بالصريح ، أم لا ؟ » .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ فِيهِ : فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا الانْفِرَادُ بِهِ ، إلاَّ بِإذْنِهِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ وَكَّلهُمَا فِى ثَلاثٍ ، فَطَلَّقَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ من الآخَرَ : وقَعَ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ ﴾ .

فلو طلق أحدهما واحدة ، والآخر أكثر : فواحدة . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : وفيه نظر .

فائدتان

إحداهما : ليس للوكيل المطلق : الطلاق وقت بدعة . فإن فعل : حرم . ولم يقع . صححه الناظم .

وقيل : يحرم ويقع . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف . حيث قال « وله أن يطلق متى شاء » .

وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمستوعب ، كما تقدم قريباً .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع .

الثانية : تقبل دعوى الزوج : أنه رجع عن الوكالة قبل إيقاع الوكيل الطلاق عند أصحابنا . قاله فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

وذكر فى المجرد ، والفصول ـ فى تعليق الوكالة ـ : أن الإمام أحمد رحمه الله نص فى رواية أبى الحارث : أنه لا يقبل إلا ببينة .

وجزم به فى الترغيب ، والأزجى ، فى عزل الموكل .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال : وكذا دعوى عتقه ورهنه ونحوه .

وعادة كثير من المصنفين ذكر الوكالة فى الطلاق فى آخر « باب صريح الطلاق ، وكنايته » عند قوله « أمرك بيدك » ونحوه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ : طَلِّقِي نَفْسَكِ . فَلَهَا ذَلِكَ كَالْوَكِيلِ ﴾ .

إذا قال لها « طلقى نفسك » صح ذلك . كتوكيل الأجنبى فيه بلا نزاع .

فإن نوى عدداً ، فهو على ما نوى . وإن أطلق من غير نيـة : لم تملك إلا واحدة ، على ما يأتى فى كلام المصنف ، فى آخر « باب صريح الطلاق وكنايته »

ويأتى فى كلام المصنف هناك « لو قال لها : طلقى نفسك . فقالت : اخترت نفسى » .

ويأتى هناك ما تملك بقوله لهـا « طلاقك بيدك ، أو وكلتك فى الطلاق » وصفة طلاقها ، وفروع أخر مستوفاة محررة .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن لها أن تطلق نفسها فى مجلس الوكالة و بعده ما لم يبطل حكم الوكالة ، كالوكيل الأجنبى . وكـ « أمرك بيدك » وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر ما فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . ورجحه فى الكافى .

قال فى الرعايتين : وهو أولى . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقال القاضى : إذا قال لامرأته « طلقى نفسك » تقيد بالمجلس .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وقدمه فى الرعايتين . وجزم به فى المنور .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع .

ويأتى فى آخر « باب صريح الطلاق وكنايته » فى كلام المصنف « إذا قال لها : أمرك بيدك . أو اختارى نفسك ، هل يتقيد بالمجلس أو لا ؟ » .

وتأتى أيضاً هذه المسألة هناك .

باب سنة الطلاق و بدعته

قوله ﴿ السُّنَّةُ : أَنْ يُطَلِّقَهَا وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ . ثُمَّ يَدَعُهَا حَتَّى تَنقضِي عِدَّتُهَا ﴾ وهذا بلا نزاع .

ولو طلقها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار : كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد .

قال الإمام أحمد رحمه الله : طلاق السنة واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَ الْمَدْخُولَ بِهَا فِي حَيْضَتِهَا ، أَوْ طُهْرٍ أَصَابَهَا فِيهِ : فَهُوَ طَلَاقُ بِدْعَةٍ مُحَرَّمٌ . وَيَقَع ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن طلاقها فى حيضها أو طهر أصابها فيه : محرم ، ويقع . نص عليهما . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين ، وتلميذه ابن القيم رحمهما الله : لايقع الطلاق فيهما .

قال الشيخ تقى الدين : اختار طائفة من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله : عدم الوقوع فى الطلاق المحرم .

وقال أيضاً : ظاهر كلام ابن أبى موسى : أن طلاق المجامعة مكروه ، وطلاق الحائض محرم

تنبيه : مراده بقوله « أو طهر أصابها فيه » إذا لم يستبن حملها . فإن استبان حملها : فلا سنة لطلاقها ولا بدعة . على ما يأتى فى كلام المصنف قريباً .

والعلة فى ذلك : احتمال أن تكون حاملا ، فيحصل الندم . فإن كان الحمل مستبيناً : فقد طلق وهو على بصيرة . فلا يخاف أمراً يتجدد معه الندم .

فوائد

الأولى : قال فى المحرر : وكذا الحكم لو طلقها فى آخر طهر لم يصبها فيه .

يعنى : أنه طلاق بدعة ومحرم ، ويقع .

وتبعه شارحه على ذلك ، وصاحب الحاوى الصغير .

وسبقهم إليه القاضى فى المجرد .

وجماهير الأصحاب : على أنه مباح والحالة هذه ، إلا على رواية أن القروء : الأطهار .

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً .

الثانية : أكثر الأصحاب على أن العلة فى منع الطلاق من الحيض : هى تطويل العدة .

وخالفهم أبو الخطاب . فقال : لكونه فى زمن رغبته عنها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وقد يقال : إن الأصل فى الطلاق النهى عنه . فلا يباح إلا وقت الحاجة . وهو الطلاق الذى تتعقبه العدة . لأنه بدعة .

الثالثة : اختلف الأصحاب فى الطلاق فى الحيض : هل هو محرم لحق الله ، فلا يباح . وإن سألته إياه ، أو لحقها . فيباح بسؤالها ؟ فيه وجهان .

قال الزركشى : والأول ظاهر إطلاق الكتاب والسنة .

قلت : وهو ظاهر كلام المصنف هنا وغيره .

لكن الذى جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم ـ وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم ـ : أن خلع الحائض ـ زاد فى المحرر ، وغيره : وطلاقها ـ بسؤالها غير محرم ولا بدعة . ذكره أكثرهم فى كتاب الخلع .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ولا سنة لخلع ولا بدعة . بل لطلاق بعوض .

وتقدم ذلك أيضاً فى باب الحيض ، عند قوله « ويمنع سنة الطلاق » .

الرابعة : العلة فى تحريم جمع الثلاث : سد الباب على نفسه وعدم المخرج .

وقال بعضهم : هل العلة فى النهى عن جمع الثلاث التحريم المستفاد منها . أو تضييع الطلاق لا فائدة له ؟ وينبنى على ذلك تحريم جمع الطلقتين .

الخامسة : قال فى الترغيب : تَحَمُّل المرأةِ بماء الرجل فى معنى الوطء . قال : وكذا وطؤها فى غير القبل ، لوجوب العدة .

قلت : وفيه نظر ظاهر .

قوله ﴿ وَتُسْتَحَبُّ رَجْعَتُهَا ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ؛ والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : أنها واجبة . ذكرها فى الموجز ، والتبصرة ، والترغيب . وهو قول فى الرعايتين ، فيما إذا وطىء فى طهر طلقها فيه .

وعنه : أنها واجبة فى الحيض . اختارها فى الإرشاد ، والمبهج .

فائدتان

إحداهما : لو علق طلاقها بقيامها ، فقامت حائضاً ، فقال فى الانتصار : هو طلاق مباح .

وقال فى الترغيب : هو طلاق بدعى .

وقال فى الرعاية : يحتمل وجهين .

وذكر المصنف : إن علق الطلاق بقدوم زيد ، فقدم فى حيضها : فبدعة ، ولا إثم .

قلت : مقتضى كلام أبى الخطاب ـ فى الانتصار ـ أنه مباح ، بل أولى بالإباحة ، وهو أولى .

وجزم فى الرعاية الصغرى بأنه إذا وقع ما كان علقه وهى حائض : أنه يحرم ويقع .

الثانية : طلاقها فى الطهر المتعقب للرجعة بدعة فى ظاهر المذهب . واختاره الأكثر . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقدمه فى الفروع . وصححه فى الرعاية ، والقواعد ، وغيرهما .

قلت : فيعايى بها .

وعنه يجوز . زاد فى الترغيب : ويلزمه وطؤها .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلاثًا فِي طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ : كُرِهَ . وَفِي تَحْرِيمِهِ رِوَايَتَانِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والهادى ، والكافى .

إحداهما : يحرم . وهو المذهب . نص عليه فى رواية ابن هانىء وأبى داود ، والمروذى ، وأبى بكر بن صدقة ، وأبى الحارث . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأدمى البغدادى ، وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين ، وصاحب الفروع : اختاره الأكثر .

قلت : منهم أبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضى ، والشريف . وأبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، والمصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، وابن رزين فى شرحه .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : أصح الروايتين أنه يحرم .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والفروع .

والرواية الثانية : ليس بحرام . اختارها الخرقى . وقدمها فى الروضة . والمحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير . وجزم به فى المنور .

قال الطوفى : ظاهر المذهب أنه ليس ببدعة .

قلت : ليس كما قال .

وعنه : الجمع فى الطهر بدعة ، والتفريق فى الأطهار من غير مراجعة سنة .

فعلى الرواية الثانية : يكون الطلاق على هذه الصفة مكروهاً .

ذكره جماعة من الأصحاب ، منهم المصنف هنا . وقدمه فى الفروع .

ونقل أبو طالب : هو طلاق السنة . وقدمه فى الرعايتين .

وعلى المذهب : ليس له أن يطلق ثانية وثالثة قبل الرجعة . على الصحيح من المذهب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : اختارها أكثر الأصحاب ، كأبى بكر ، والقاضى ، وأصحابه . قال : وهو أصح .

وعنه : له ذلك قبل الرجعة .

فائدة : لو طلق ثانية وثالثة فى طهر واحد ، بعد رجعة أو عقد : لم يكن بدعة بحال . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية . وقدمه فى الفروع .

وقدم فى الانتصار رواية تحريمه حتى تفرغ العدة .

وجزم به فى الروضة : فيما إذا رجع .

قال : لأنه طول العدة ، وأنه معنى نهيه تعالى بقوله (٢ : ٢٣١ ولا تمسكوهن ضِراراً لتعتدو) .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن طلاقها اثنتين ليس كطلاقها ثلاثا . وهو صحيح اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : حكمه حكم الطلاق الثلاث . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى القواعد الأصولية .

وقال : وقد يحسن بناء روايتى تحريم الطلاق من غير حاجة على أصل قاله أبو يعلى فى تعليقه الصغير ، وأبو الفتح ابن المنى ، وهو : أن النكاح لا يقع إلا فرض كفاية . و إن كان ابتداء الدخول فيه سنة . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : مأخذ الخلاف أن العلة فى النهى عن جمع الثلاث : هل هى التحريم المستفاد منها ، أو تضييع الطلاق لا فائدة له ؟ فينبنى على ذلك جمع الطلقتين .

فائدة : إذا طلقها ثلاثاً متفرقة بعد أن راجعها : طلقت ثلاثاً بلا نزاع فى المذهب . وعليه الأصحاب . منهم الشيخ تقى الدين رحمه الله .

و إن طلقها ثلاثاً مجموعة قبل رجعة واحدة : طلقت ثلاثا ، وإن لم ينوها . على الصحيح من المذهب . نص عليه مراراً . وعليه الأصحاب ، بل الأئمة الأربعة رحمهم الله وأصحابهم فى الجملة .

وأوقع الشيخ تقى الدين رحمه الله من ثلاث مجموعة ، أو متفرقة ، قبل رجعة : طلقة واحدة . وقال : لا نعلم أحداً فرق بين الصورتين .

وحكى عدم وقوع الطلاق الثلاث جملة . بل واحدة ـ فى المجموعة أو المتفرقة ـ عن جده المجد ، وأنه كان يفتى به أحيانا سراً .

ذكره عنه فى الطبقات . لأنه محجور عليه إذن . فلا يصح ، كالعقود المحرمة لحق الله تعالى .

[وظاهره : ولو وجب عليه فراقها ، لإمكان حصوله بخلع بعوض يعارض لفظ الطلاق ونيته ، فضلا عن حصوله بنفس طلقة واحدة أو طلقات][1]

وقال عن قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى إيقاع الثلاث : إنما جعله

(١) الزيادة بين المربعين من نسخة الشيخ عبد الله .

لإكثارهم منه ،[١] فعاقبهم على الإكثار منه ، لما عصوا بجمع الثلاث . فيكون عقوبة من لم يتق الله ، من التعزير الذى يرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة ، كالزيادة على الأربعين فى حد الخمر ، لما أكثر الناس منها وأظهروه : ساغت الزيادة عقوبة . انتهى .

[واختاره الحلى وغيره من المالكية . لحديث صحيح فى مسلم يقتضى أن المراد بالثلاث فى ذلك ثلاث مرات ، لا أن المراد بذلك ثلاث تطليقات .

فعليه : لو أراد به الإقرار لزمته الثلاث اتفاقا ، إن امتنع صدقه ، و إلا فظاهراً فقط][٢] .

واختاره أيضاً ابن القيم وغيره ، فى الهدى وغيره ، وكثير من أتباعه .

قال ابن المنذر : هو مذهب أصحاب ابن عباس رضى الله عنهما ـ كعطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار رحمهم الله ـ نقله الحافظ شهاب الدين أحمد بن حجر فى فتح البارى شرح البخارى .

وحكى المصنف عن عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وأبى الشعثاء ، وعمرو بن دينار ، أنهم كانوا يقولون : من طلق البكر ثلاثا ، فهى واحدة .

وقال القرطبى ـ فى تفسيره على قوله تعالى (٢ : ٢٢٩ الطلاق مرتان) ـ اتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الثلاث . وهو قول جمهور السلف . وشذ طاوس ، و بعض أهل الظاهر ، فذهبوا إلى أن الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة : يقع واحدة . و يروى هذا عن محمد بن إسحاق ، والحجاج بن أرطاة[٣] .

---

(١) فى حديث عمر رضى الله عنه « أن الناس تتايعوا فيه » يعنى وقعوا بجهل وغفلة فيما يؤذيهم ويضرهم .

(٢) كذا فى الأصل ، وهو زيادة من نسخة الشيخ عبد الله .

(٣) للامامين الجليلين ، شيخى الإسلام ، ابن تيمية وتلميذه ابن القيم تحقيقات جليلة لاتدع مجالا للشك أنه لايقع إلا واحدة .

وقال بعـد ذلك : ولا فرق بين أن يوقع ثلاثاً مجتمعة فى كلمة ، أو متفرقة فى كلمات ثلاث .

وقال بعد ذلك : ذكر محمد بن أحمد بن مغيث فى وثائقه : أن الطلاق ينقسم إلى طلاق سنة ، وطلاق بدعة . فطلاق البدعة : أن يطلقها فى حيض ، أو ثلاثا فى كلمة واحدة . فإن فعل لزمه الطلاق .

ثم اختلف أهل العلم ـ بعد إجماعهم على أنه مطلق ـ كم يلزمه من الطلاق ؟ فقال علي ، وابن مسعود رضى الله عنهما : يلزمه طلقة واحدة . وقاله ابن عباس رضى الله عنهما . وقال : قوله « ثلاثا » لا معنى له ، لأنه لم يطلق ثلاث مرات .

وقاله الزبير بن العوام ، وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما . ورويناه عن ابن وضاح .

وقال به من شيوخ قرطبة : ابن زنباع ، ومحمد بن بقى بن مخلد ، ومحمد بن عبد السلام الخشنى ، فقيه عصره ، وأصبغ بن الحباب ، وجماعة سواهم .

وقد يخرج بقياس ـ من غيرما مسألة من المدونة ـ مايدل على ذلك ـ وذكره ـ وعلل ذلك بتعاليل جيدة . انتهى .

فوقوع الواحدة فى الطلاق الثلاث ـ الذى ذكرناه هنا ـ لكونه طلاق بدعة : لا لكون الثلاث واحدة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً ، أَوْ آيِسَةً ، أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، أَوْ حَامِلاً قَدِ اسْتَبَانَ حَمْلُهَا : فَلاَ سُنَّةَ لِطَلاَقِهَا وَلاَ بِدْعَةَ ، إِلاَّ فِى الْعَدَدِ ﴾

هذا إحدى الروايات .

قال الشارح : فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت . فى قول أصحابنا . انتهى . وقدمه فى النظم .

وعنه : لا سنة لهن ولا بدعة ، لا فى العدد ولا فى غيره . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وصححه فى الهداية ، والمذهب .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وأطلقهما فى المستوعب .

وعنه : سنة الوقت تثبت للحامل . وهو قول الخرقى .

فلو قال لها « أنت طالق للبدعة » طلقت بالوضع . لأن النفاس زمن بدعة . كالحيض .

ونقل ابن منصور : ولا يعجبنى أن يطلق حائضا لم يدخل بها .

فعلى الرواية الثانية ــ وهى المذهب ــ : لو قال لمن اتصفت ببعض هذه الصفات « أنت طالق للسنة طلقة . وللبدعة طلقة » وقع طلقتان . إلا أن ينوى فى غير الآيسة إذا صارت من أهل ذلك الوصف . فيدين . على الصحيح من المذهب .

وذكر فى الواضح وجهاً : أنه لا يدين .

وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين . ذكرهما القاضى .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والمغنى ، والشرح .

وظاهر كلامه فى المنور : أنه لا يقبل فى الحكم .

والوجه الثانى : يقبل .

قال المصنف ، والشارح : هذا أشبه بمذهب الإمام أحمد رحمه الله . لأنه فسر كلامه بما يحتمله .

فائدة : لو قال لمن لها سنة وبدعة « أنت طالق طلقة للسنة ، وطلقة للبدعة » طلقت طلقة فى الحال ، وطلقة فى ضد حالها الراهنة . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لِمَنْ لَهَا سُنَّةٌ وَبِدْعَةٌ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ فِى طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ : طَلُقَتْ فِى الْحَالِ ﴾ بلا نزاع .

وظاهر قوله ﴿ وإِنْ كانَتْ حَائِضًا : طَلُقَتْ إذَا طَهُرَتْ ﴾ .

سواء اغتسلت أو لا . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى البلغة : هذا أصح الوجهين .

قال الزركشى : هذا المذهب .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه ، والزركشى . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقيل : لا تطلق حتى تغتسل . اختاره ابن أبى موسى .

قال الزركشى : ولعل مبنى القولين : على أن العلة فى المنع من طلاق الحائض إن قيل : تطويل العدة ــ وهو المشهور ــ أبيح الطلاق بمجرد الطهر .

وإن قيل : الرغبة عنها : لم تبح رجعتها حتى تغتسل ، لمنعها منها قبل الاغتسال . انتهى .

ويأتى فى « باب الرجعة » مايقرب من ذلك . وهو ما « إذا طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل : هل له رجعتها ، أم لا » ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . وهِىَ حَائِضٌ ، أَو فى طُهْرٍ أَصَابَهَا فيهِ : طَلُقَتْ فِى الحَالِ . وَإِنْ كَانَتْ فِى طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فيهِ : طَلُقَتْ إذَا أَصَابَهَا ، أَوْ حَاضَتْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

لكن ينزع فى الحال بعد إيلاج الحشفة ، لوقوع طلاق ثلاث عقيب ذلك .

فإن استدام ذلك : حُدَّ العالم ، وعذر الجاهل . قاله الأصحاب .

وقال فى المحرر : وعندى أنها تطلق طلقتين فى الحال إذا كان زمن السنة ــ وقلنا : الجمع بدعة ــ بناء على اختياره من أن جمع طلقتين بدعة .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لَهَا « أَنْتِ طَالِقٌ ثَلاثاً لِلسُّنَّةِ » طَلُقَتْ ثَلاثاً فِى طُهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فيهِ ، فِى إحْدَى الروايَتَيْنِ ﴾ .

قال المصنف ، والشارح : هذا المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . وصححه في التصحيح ، والنظم . وجزم به في الوجيز .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين .

وفي الأخرى : تطلق في الحال واحدة . وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن .

واختارها جماعة .

وعنه : تطلق ثلاثا في ثلاثة أطهار لم يصبها فيهن وهو ظاهر ماقدمه في الفروع .

وأطلقهن في المحرر ، والحاوي الصغير .

تنبيه : قال القاضي ، وأبو الخطاب ، في الهداية ، وابن الجوزي في المذهب ، والسامري في المستوعب ، وغيرهم : وقوع الثلاث في طهر لم يصبها فيه ، مبني على الرواية التي قال فيها : إن جمع الثلاث يكون سنة .

فأما على الرواية الأخرى : فإذا طهرت طلقت واحدة . وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين ، أو بعد رجعتين .

وقد أنكر الإمام أحمد رحمه الله هذا القول . فقال في رواية مهنا : إذا قال لامرأته « أنت طالق ثلاثا للسنة » قد اختلفوا فيه .

فمنهم من يقول : يقع عليها الساعة واحدة . فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى ، وتكون عنده على أخرى ، وما يعجبني قولهم هذا .

قال القاضي ، وأبو الخطاب : فيحتمل أن الإمام أحمد رحمه الله : أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة . ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تتصف به . فألغى الصفة ، وأوقع الثلاث ، كما لو قال لحائض : أنت طالق في الحال للسنة .

وقال في رواية أبي الحارث : ما يدل على هذا .

فإنه قال : يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله « للسنة » .

قال ابن منجا في شرحه : وفي هذا الاحتمال نظر . لأنه لو ألغى قوله «للسنة»

وجب أن تطلق فى الحال ، حائضاً كانت أو طاهراً . مجامَعَة أو غير مجامعة . لأنه إذا ألغى قوله « للسنة » بقى « أنت طالق » وهو موجب لما ذكره .

ولقائل أن يقول : إن وقوع الثلاث يمكن تخريجه على غير ذلك . وهو : أنه لمـا كانت البدعة على ضربين . أحدهما : من جهة العدد . والأخرى : من جهة الوقت ، فحيث جمع الزوج بين الثلاث و بين السنة : كان ذلك قرينة فى إرادته السنة من حيث الوقت ، لا من حيث العدد . فلا تلحظ فى الثلاث السنة ، لعدم إرادته له . و يصير كما لو قال « أنت طالق ثلاثاً » و يلحظ السنة فى الوقت ، لإرادته له . فلا تطلق إلا فى طهر لم يصبها فيه . انتهى .

فائدة : لو قال لمن لها سنة و بدعة « أنت طالق ثلاثاً . نصفها للسنة ، ونصفها للبدعة » طلقت طلقتين فى الحال ، وطلقت الثالثة فى ضد حالها الراهنة . وهذا الصحيح من المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الفروع : هذا الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم .

وهو ظاهر ماقدمه فى المحرر ، والحاوى الصغير .

وقال ابن أبى موسى : تطلق الثلاث فى الحال ، لتبعيض كل طلقة . انتهى .

وكذا لو قال « أنت طالق ثلاثاً للسنة والبدعة » وأطلق .

ولو قال « طلقتان للسنة ، وواحدة للبدعة » أو عكسه . فهو على ماقال .

فإن أطلق ثم قال « نويت ذلك » إن فسر نيته بمـا يقع فى الحال : طلقت وقبل قوله . لأنه يقتضى الإطلاق . لأنه غير متهم فيه .

و إن فسرها بما يوقع طلقة واحدة و يؤخر اثنتين : دين . و يقبل فى الحـكم على الصحيح .

قال المصنف ، والشارح : هذا أظهر .

وقيل : لايقبل فى الحكم . لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق .

وأطلقهما فى الفروع .

ولو قال « أنت طالق ثلاثاً . بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة » طلقت فى الحال طلقتين . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية .

ويحتمل أن يقع طلقة ، ويتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ فى كُلِّ قُرْءٍ ، وَهِيَ مِنَ اللاَّئِى لَمْ يَحِضْنَ : لَمْ تطلُقْ حَتَّى تَحِيضَ . فَتَطْلُقَ فِى كُلِّ حَيْضَةٍ طَلْقَةً ﴾ .

بلا نزاع . لكن تستثنى الحائض التى لم يدخل بها .

والصحيح من المذهب : أن القرء هو الحيض . على ما يأتى فى باب العدد .

قوله ﴿ وإنْ قلْنَا : القُرْءُ الأَطْهَارُ ﴾ .

وهى مسألة المصنف ﴿ فَهَلْ تَطْلُقَ فِى الحَالِ طلقةً ؟ ﴾ .

أطلق المصنف فيه وجهين .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

إحداهما : تطلق فى الحال طلقة . وهو المذهب .

جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والبلغة .

والوجه الثانى : لا تطلق إلا فى طهر بعد حيض متجدد .

فوائد

إحداها : حكم الحامل كحكم اللائى لم يحضن ، على ماتقدم .

وأما الآيسة : فتطلق طلقة واحدة على كل حال . قاله القاضى . واقتصر عليه المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَحْسَنَ الطَّلَاقِ وَأَجْمَلَهُ ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ ﴾ .

وكذا قوله « أقرب الطلاق ، وأعدله ، وأكمله ، وأفضله ، وأتمه ، وأسنه » ونحوه .

وكذا قوله « طلقة جليلة ، أو سنية » ونحوه .

وإن قال « أقبح الطلاق وأسمجه » وكذا « أفحش الطلاق وأردأه ، أو أنتنه » ونحوه .

فهو كقوله « للبدعة : إلاَّ أَنْ يَنْوِيَ أَحْسَنَ أَحْوَالِكِ أَوْأَقْبَحَهَا : أَنْ تَكُونِى مُطَلَّقَةً » فيقع فى الحال بلا نزاع .

لكن لو نوى بأحسنه : زمن البدعة ، لشبهه بخلقها القبيح ، أو بأقبحه : زمن السُّنة . لقبح عشرتها ونحوه : ففى الحكم وجهان .

وأطلقهما فى الفروع . وأطلقهما أيضاً فى المغنى ، والشرح .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن قال ـ فى أحسن الطلاق ونحوه ـ « أردت طلاق البدعة » وفى أقبح الطلاق ونحوه « أردت طلاق السنة » قبل قوله فى الأغلظ عليه ، ودُيِّنَ فى الأخف .

وهل يقبل حكما ؟ خرج فيه وجهان . انتهى .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَةً قَبِيحَةً : طَلُقَتْ فِى الْحَالِ ﴾ .

وكذلك لو قال « أنت طالق فى الحال للسنة » وهى حائض . أو قال « أنت طالق للبدعة فى الحال » وهى فى طهر لم يصبها فيه . بلا نزاع فيهما .

باب صريح الطلاق وكنايته

فائدة : لو قال « امرأتى طالق » وأطلق النية . أو قال « عبدى حر » أو « أمتى حرة » وأطلق النية : طلق جميع نسائه . وعتق جميع عبيده وإمائه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وهو من مفردات المذهب .

واختار المصنف ، وصاحب الفائق : أنه لا تطلق إلا واحدة ، ولا يعتق إلا واحدة . وتخرج بالقرعة .

وتقدم هذا أيضاً فى أواخر كتاب العتق بعد قوله « وإن قال : كل مملوك لى حر » .

قوله ﴿وَصَرِيحُهُ لَفْظُ « الطَّلَاقِ » وَمَا يَتَصَرَّفُ مِنْهُ﴾ .

يعنى أن صريح الطلاق : هو لفظ « الطلاق » وما تصرف منه ، لا غير . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وصححه المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، والناظم .

واختاره ابن حامد .

قال فى الهداية : وهو الأقوى عندى .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى البغدادى ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وتجريد العناية .

وقال الخرقى : صريحه ثلاثة ألفاظ « الطلاق » و« الفراق » و« السراح » وما تصرف منهن .

وقال أبو بكر : ونصره القاضى . واختاره الشريف ، وأبو الخطاب ، فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البناء .

قال فى الواضح : اختاره الأكثر .

وجزم به القاضى فى الجامع الصغير ، وابن عقيل فى التذكرة .

وقدمه فى المستوعب والخلاصة ، والبلغة ، وإدراك الغاية .

وأطلقهما فى الفصول ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافى ، والهادى ، والرعاية الكبرى .

وعنه « أنت مطلقة » ليست صريحة . ذكرها أبو بكر . لاحتمال أن يكون طلاقاً ماضياً .

قال الزركشى : ويلزمه ذلك فى « طلقتك » .

وقيل : « طلقتك » ليست صريحة أيضاً . بل كناية .

قال فى الفروع : فيتوجه عليه أنه يحتمل الإنشاء والخبر . وعلى الأول : هو إنشاء .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذه الصيغ إنشاء ، من حيث إنها هى التى أثبتت الحكم وبها تم . وهى إخبار . لدلالتها على المعنى الذى فى النفس .

وفى الكافى احتمال فى « أنت الطلاق » أنها ليست بصريحة .

وقيل : إن لفظ « الإطلاق » نحو قوله « أطلقتك » صريح . وهو احتمال للقاضى . ورده المصنف ، والشارح .

وأطلق فى المستوعب والبلغة فيه وجهين .

فوائد

إحداها : لو قال لها « أنتَ طالق » بفتح التاء : طلقت . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال أبو بكر ، وابن عقيل : لاتطلق .

قال فى الفروع : ويتوجه الخلاف على المسألة الآتية .

الثانية : لو قال لزوجته « كلما قلت لى شيئاً ، ولم أقل لك مثله ، فأنت طالق

ثلاثا » فهذه وقعت زمن ابن جرير الطبرى رحمه الله تعالى . فأفتى فيها بأنه لا يقع إذا علقه ، بأن قال لها « أنت طالق ثلاثا إن أنا طلقتك » .

وقال فى الفروع : طلقت ، ولو علقه .

وجزم فى المستوعب : بأنها تطلق إذا قال بكسر التاء ، وقاله .

وقال فى موضع : إذا قاله ، وعلقه بشرط : تطلق .

وإن فتح التاء مذكراً . فحكى ابن عقيل عن القاضى : أنها تطلق . لأنه واجهها بالإشارة والتعيين . فسقط حكم اللفظ .

نقله فى المستوعب ، وقال : حكى عن أبى بكر أنه قال فى التنبيه : إنها لا تطلق قال : ولم أجدها فى التنبيه .

وذكر كلام ابن جرير لابن عقيل ، فاستحسنه . وقال : لو فتح التاء تخلص .

وقال فى الفروع : ولو كسر التاء تخلص . وبقى معلقاً . ذكره ابن عقيل .

قال ابن الجوزى : وله التمادى إلى قبيل الموت .

وقيل : لا يقع عليه شىء . لأن استثناء ذلك معلوم بالقرينة .

قال ابن القيم رحمه الله فى بدائع الفوائد : وفيه وجه آخر أحسن من وجهى ابن جرير ، وابن عقيل . وهو جار على أصول المذهب ، وهو : تخصيص اللفظ العام بالنية ، كما لو حلف « لا يتغدى » ونيته غداء يومه : قصر عليه ، ولو حلف « لا يكلمه » ونيته : تخصيص الكلام بما يكرهه : لم يحنث إذا كلمه بما يحبه . ونظائره كثيرة وعلله بتعاليل جيدة .

قلت : وهو الصواب .

الثالثة : من صريح الطلاق أيضاً : إذا قيل له « أطلقت امرأتك ؟ » قال « نعم » على الصحيح من المذهب ، كما يأتى فى كلام المصنف قريباً .

جزم به فى الكافى هنا ، وغيره . وقدمه الزركشى ، وغيره .

ويحتمل أن لا يكون صريحاً . قاله الزركشى .

تنبيه قوله ﴿ومَاتَصرَّفَ مِنْهُ﴾

يستثنى من ذلك : الأمر والمضارع .

وقد تقدم نظيره فى أول كتاب العتق والتدبير .

وكذا قوله « أنت مطلقة » بكسر اللام ، اسم فاعل .

قوله ﴿فَمَتَى أَتَى بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ : وَقَعَ . نَوَاهُ ، أَوْ لَمْ يَنْوِهِ﴾ .

أما إذا نواه : فلا نزاع فى الوقوع .

وأما إذا لم ينوه : فالصحيح من المذهب ـ ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله ، وعليه الأصحاب ـ أنه يقع مطلقاً .

وعنه : لايقع إلا بنية ، أو قرينة غضب ، أو سؤالها ونحوه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : وقوع الطلاق من الهازل واللاعب ، كالجاد . وهو صحيح . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله . وعليه الأصحاب وصرحوا به . وكذلك المخطىء . قاله الناظم ، وغيره .

فائدة : لايقع من النائم ، كما تقدم فى كلام المصنف فى كتاب الطلاق ، ولا من الحاكى عن نفسه ، ولا من الفقيه الذى يكرره ، ولا من الزائل العقل ، إلا ماتقدم من السكران ونحوه ، على الخلاف .

قوله ﴿وَإِنْ نَوَى بقوله « أَنْت طَالِقٌ » مِنْ وَثَاقٍ . أَوْ أَرَادَ أن يقولَ « طَاهِرٌ » فَسَبَقَ لِسَانُهُ ، أَوْ أَرَاد بقوله « مُطَلَّقَةٌ » مِنْ زَوْجٍ كَانَ قَبْلَهُ : لَمْ تَطْلُقْ . وَإِن ادَّعَى ذَلِكَ : دُيِّنَ﴾ .

الصحيح من المذهب : أنه إذا ادعى ذلك يُدَيَّن فيما بينه و بين الله تعالى وعليه الأصحاب .

وعنه : لايدين . حكاها ابن عقيل فى بعض كتبه ، والحلوانى . كالهازل على أصح الروايتين .

قوله ﴿ وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الحُكْمِ ؟ عَلَى رِوَايتينِ . إلاَّ أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ الْغَضَب ، أَوْ بعْدَ سُؤَالِهاَ الطَّلاَقَ . فَلاَ يُقْبَلُ ﴾ .

قولا واحداً . وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والبلغة ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وتجريد العناية .

احداهما : يقبل . وهو المذهب . صححه فى التصحيح

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والكافى . إلا فى قوله « أردت أنها مطلقة من زوج كان قبلى » وكان كذلك . فأطلق فيها وجهين .

والرواية الثانية : لا يقبل فى الأظهر .

قال فى إدراك الغاية : لم يقبل فى الحكم فى الأظهر .

قال فى الخلاصة : لم يقبل فى الحكم على الأصح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيما إذا قال « أردت أنها مطلقة من زوج كان قبلى » وجه ثالث : أنه يقبل إن كان وجد ، و إلا فلا .

قلت : وهو قوى .

و يأتى ذلك أيضاً فى أول « باب الطلاق فى الماضى والمستقبل » عند قوله « فإن قال : أردت أن زوجاً قبلى طلقها » .

فائدة : مثل ذلك ــ خلافا ومذهبا ــ لو قال « أنت طالق » وأراد أن يقول « إن قمت » فترك الشرط ، ولم يرد به طلاقا . قاله فى الفروع ، وغيره .

و يأتى فى كلام المصنف فى أول « باب تعليق الطلاق بالشروط » : « إذا قال : أنت طالق » ثم قال « أردت إن قمت » وقيل : لا يقبل هنا .

قوله ﴿ وَلَوْ قِيلَ لَهُ : أَطَلَقْتَ امْرَأَتَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَأَرَادَ الْكَذِبَ : طَلُقَتْ ﴾ .

وهو المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال ابن أبى موسى : تطلق فى الحكم فقط .

وتقدم احتمال ذكره الزركشى : أن هذه الصيغة ليست بصريح فى الطلاق ، كما لو قال « كنت طلقتها » .

وكذا الحكم لو قيل له « امرأتك طالق ؟ » فقال « نعم » أو « ألك امرأة ؟ » فقال « قد طلقتها » فلو قال : أردت أنى طلقتها فى نكاح آخر : دين .

وفى الحكم وجهان ، إن كان وجد . قدم فى الرعاية : أنه لا يقبل .

ولو قيل له « أأخليتها ؟ » فقال « نعم » فكناية .

فائدتان

إحداهما : لو أشهد عليه بطلاق ثلاث ، ثم استفتى . فأفتى بأنه لا شىء عليه : لم يؤاخذ بإقراره ، لمعرفة مستنده . ويقبل قوله بيمينه . لأن مستنده فى إقراره ذلك ممن يجهله مثله .

ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله . واقتصر عليه فى الفروع .

وتقدم ذلك فى آخر « باب الخلع » أيضاً .

الثانية : لو قال قائل لعالم بالنحو « ألم تطلق امرأتك ؟ » فقال « نعم » لم تطلق . وإن قال « بلى » طلقت . ذكره الناظم وغيره .

ويأتى نظير ذلك فى أوائل « باب ما يحصل به الإقرار » ولم يفرقوا هناك بين العالم وغيره . والصواب : التفرقة .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَلَوْ قِيلَ لَهُ : أَلَكَ امْرَأَةٌ ؟ قَالَ : لاَ . وَأَرادَ الْكَذِبَ ، لَمْ تُطَلَّقْ ﴾

أنه لو لم يرد الكذب : أنها تطلق .

ومثله قوله « ليس لى امرأة » أو « لست لى بامرأة » ونوى الطلاق . وهو صحيح . لأنه كناية[1] . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الزركشى : هذا هو المشهور من الرواية .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمغنى ، والشرح .

وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير . وصححه الناظم .

ونقل أبو طالب : إذا قيل « ألك امرأة ؟ » فقال « لا » ليس بشىء .

فأخذ المجد من إطلاق هذه الرواية : أنه لايلزمه طلاق . ولو نوى يكون لغواً . وحملها القاضى على أنه لم ينو الطلاق .

فعلى المذهب : لو حلف بالله على ذلك ، فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية مهنا ـ عن الجواب . فيحتمل وجهين .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى ، والفروع ، والزركشى .

وقال : مبناهما على أن الإنشاءات : هل تؤكد ، فيقع الطلاق ، أو لا تؤكد إلا الخبر . فتتعين خبرية هذا . فلا يقع الطلاق ؟

قال ابن عبدوس : ذلك كناية . وإن أقسم بالله .

قوله ﴿ وَإِنْ لَطَمَ امْرَأَتَه ، أَوْ أَطْعَمَهَا ، أَوْ سَقَاهَا ﴾

وكذا لو ألبسها ثوباً ، أو أخرجها من دارها . أو قبلها . ونحو ذلك ، وقال « هذا طلاقك » طلقت ، إلا أن ينوى : أن هذا سبب طلاقك . ونحو ذلك .

اعلم أنه إذا فعل ذلك ، فلا يخلو : إما أن ينوى به طلاقها أو لا .

فإن نوى به طلاقها : طلقت . وإن لم ينوه : وقع أيضاً . لأنه صريح . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

---

(١) فى نسخة استانبول « لكنه كناية » .

وقال فى الفروع : فنصه صريح .

وقال فى الرعايتين : فإن فعل ذلك وقع . نص عليه .

وقال فى المستوعب ، والبلغة : منصوص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يقع . نواه أو لم ينوه .

قال فى الكافى : فهو صريح . ذكره ابن حامد .

وذكر القاضى : أنه منصوص الإمام أحمد رحمه الله .

قال الزركشى : كلام الخرقى يقتضيه .

وقطع به فى الخلاصة ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى . واختاره ابن حامد ، وغيره .

وعنه : أنه كناية .

قال فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى ، وغيرهم ، وقيل : لا يلزمه حتى ينويه .

قال القاضى : يتوجه أنه لا يقع حتى ينويه . نقله فى البلغة .

وقدم المصنف ، والشارح : أنه كناية ، ونصراه .

وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الخلاف .

قال الزركشى : ويحتمله كلام الخرقى . ويكون اللطم قائماً مقام النية . لأنه يدل على الغضب .

فعلى المذهب ـ وهو الوقوع من غير نية ـ لو فسره بمحتمل غيره : قبل . وقاله ابن حمدان ، والزركشى .

وقال : وعلى هذا فهذا ، قسم برأسه ، ليس بصريح .

قال فى الترغيب ، والبلغة : لو أطعمها ، أو سقاها . فهل هو كالضرب ؟ فيه وجهان .

فعلى المذهب : لو نوى أن هذا سبب طلاقك : دُيِّنَ فيما بينه و بين الله تعالى .

وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يقبل . وهو الصحيح . اختاره فى الهداية . وصححه فى الخلاصة .
وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والحاوى ، والوجيز ، والمصنف ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يقبل فى الحكم .

فائدة : لو طلق امرأة ، أو ظاهر منها ، أو آلى ، ثم قال سريعاً لضرتها :
« أشركتك معها » أو « أنت مثلها » أو « أنت كهى » أو « أنت شريكتها »
فهو صريح ـ فى الضرة ـ فى الطلاق والظهار . على الصحيح من المذهب . نص
عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقدمه ـ فى الظهار ـ فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه ـ فيهما ـ فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى ، وغيرهم .

وعنه : أنه فيهما كناية . وأطلقهما فى الفروع .

وأما الإيلاء : فلا يصير بذلك مولياً من الضرة مطلقاً . على الصحيح من
المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به المصنف .

وقدمه فى المقنع ـ فى باب الإيلاء ـ وصاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك
الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى . فى آخر باب الإيلاء .

وعنه : أنه صريح فى حق الضرة أيضاً . فيكون مولياً منها أيضاً . نص عليه
وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضى .

وعنه : أنه كناية . فيكون مولياً منها إن نواه . و إلا فلا .
وأطلقهن فى الفروع

وتأتى مسألة الإيلاء فى كلام المصنف فى باب الإيلاء .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ لَا شَيْءَ . أَوْ لَيْسَ بِشَيْءٍ . أَوْ لَا يَلْزَمُكِ شَيْءٌ : طَلُقَتْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : لا نعلم فيه خلافاً .

وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وإن قال « أنت طالق لاشىء » وقع فى الأصح .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . أعنى فى قوله « أنت طالق لاشىء » فقط . وقيل : لاتطلق .

فائدة : وكذا الحكم لو قال « أنت طالق طلقة لا تقع عليك » أو « طالق طلقة لا ينقص بها عدد الطلاق » .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا ، أَوْ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، أَوْ لَا : لَمْ يَقَعْ ﴾ .

أما إذا قال « أنت طالق أو لا » فالصحيح من المذهب : أنه لا يقع . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

ويحتمل أن يقع .

وأما إذا قال « أنت طالق واحدة أو لا » فقدم المصنف هنا : عدم الوقوع . وهو أحد الوجهين .

قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه ، وردا قول من فرق بينهما .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وصححه فى تصحيح المحرر .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب .

وجزم به الأدمى فى منتخبه .

ويحتمل أن يقع . وهو الوجه الثانى . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . فإنه ذكر عدم الوقوع فى الأولى . ولم يذكره فى هذه .

وجزم به فى المنور ، وتذكرة ابن عبدوس .

قال فى الخلاصة ، فقيل : تطلق واحدة . واقتصر عليه .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قوله ﴿ وَإِنْ كَتَبَ طَلَاقَ امْرَأَته ﴾ .

يعنى : صريح الطلاق ﴿ ونوى الطَّلَاقَ : وقع ﴾ .

إذا كتب صريح الطلاق ، ونوى به الطلاق : وقع الطلاق . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم : وقع . رواية واحدة .

وجزم به المصنف ، وصاحب الخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

لأنه إما صريح ، أو كناية . وقد نوى به الطلاق .

قال فى الفروع : ويتخرج أنه لغو . اختاره بعض الأصحاب . بناء على إقراره بخطه . وفيه وجهان .

قال : ويتوجه عليها صحة الولاية بالخط . وصحة الحكم به . انتهى .

قال فى الرعاية : ويتخرج أنه لايقع بخطه شىء ، ولو نواه . بناء على أن الخط بالحق ليس إقراراً شرعياً فى الأصح . انتهى .

قلت : النفس تميل إلى عدم الوقوع بذلك .

واختار فى الرعاية الكبرى — فى حد الإقرار — : أنه إظهار الحق لفظاً أو كناية .

وفى تعليق القاضى : ماتقولون فى العقود ، والحدود ، والشهادات : هل تثبت بالكتابة ؟

قيل: المنصوص عنه في الوصية: تثبت. وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول. فيحتمل أن تثبت جميعها. لأنها في حكم الصريح. ويحتمل أن لا تثبت. لأنه لا كناية لها، فقويت. وللطلاق والعتق كناية، فضعفا.

قال المجد: لا أدري أراد صحتها بالكناية، أو تثبيتها بالظاهر.

قال في الفروع: ويتوجه أنه أرادهما.

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا، فَهَلْ يَقَعُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾.

وهما روايتان. خرجهما في الإرشاد.

وأطلقهما في المغني، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم والفروع.

أحدهما: هو أيضاً صريح. فيقع من غير نية. وهو الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال ناظم المفردات: أدخله الأصحاب في الصريح. ونصره القاضي وأصحابه وذكره الحلواني عن الأصحاب. وصححه في التصحيح.

قال في تجريد العناية: وقع، على الأظهر.

واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وقدمه في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير.

والثاني: أنه كناية. فلا يقع من غير نية. جزم به في الوجيز.

قال في الرعاية: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

وتقدم تخريج بأنه لغو مع النية.

قوله ﴿ وَإِنْ نَوَى تَجْوِيدَ خَطِّهِ. أَوْ غَمَّ أَهْلِهِ: لَمْ يَقَعْ ﴾.

هذا المذهب. يعني: أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى. وعليه الأصحاب.

وقد روى أبو طالب — فيمن كتب طلاق زوجته ، ونوى أن يغم أهله — قال : قد عمل فى ذلك ، يعنى : أنه يؤاخذ به .

قال المصنف ، والشارح : فظاهر هذا : أنه أوقع الطلاق .

ويحتمل أن لا يقع : لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق ، دون حقيقته . فلا يكون ناوياً للطلاق .

قوله ﴿ وَهَلْ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

إحداهما : تقبل . وهو المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : هذا أصح الوجهين . وصححه فى التصحيح .

قال فى المحرر ، والفروع : قبل حكما . على الأصح .

قال الناظم : هذا أجود .

قال فى تجريد العناية : قبل على الأظهر .

وجزم به فى الوجيز وغيره .

والرواية الثانية : لا يقبل .

قوله ﴿ وَإِنْ كَتَبَهُ بِشَيْءٍ لاَ يَبِينُ : لَمْ يَقَعْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى تجريد العناية : لم يقع على الأظهر .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال أبو حفص : يقع .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

فوائد

الأولى : لو كتبه على شىء لايثبت عليه خط ـ كالكتابة على الماء والهواء ـ لم يقع ، بلا خلاف عند أكثر الأصحاب .

وقال فى الفروع : وذكر فى المغنى الوجه لأبى حفص ، فيما إذا كتبه بشيء لايبين هنا .

فالصورة الأولى : صفة المكتوب به . والصورة الثانية : صفة المكتوب عليه . قاله فى البلغة ، وغيره .

فأجرى المصنف الخلاف فى المكتوب عليه ، كما هو فى المكتوب به .

قلت : الشارح مَثَّل كلام المصنف بصفة المكتوب عليه . فقال : مثل أن يكتبه بإصبعه على وسادة ، أو فى الهواء . وكذا قال الناظم .

الثانية : لو قرأ ما كتبه ، وقصد القراءة : فى قبوله حكما الخلاف المتقدم . فيما إذا قصد تجويد خطه ، أو غم أهله . ذكره فى الترغيب .

الثالثة : يقع الطلاق من الأخرس وحده بالإشارة .

فلو فهمها البعض فكناية . وتأويله ـ مع صريح ـ كالنطق . وكنايته طلاق ولا يقع الطلاق بغير لفظ إلا فى الكناية ، والأخرس بالإشارة . على ما تقدم فيهما .

قوله ﴿ وَصَرِيحُ الطَّلاقِ فِي لِسَانِ الْعَجَمِ « بِهِشْتَم » بكسر الباء والهاء وسكون الشين وفتح التاء . فَإِنْ قَالَهُ الْعَرَبِيُّ ، وَهُوَ لَا يَفهمُهُ ، أو نَطَقَ الأَعْجَمِيّ بِلَفْظِ « الطَّلَاقِ » وَهُوَ لَا يَفهمُهُ : لَمْ يَقَعْ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ نَوَى مُوجِبَهُ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى .

أحدهما : لا يقع . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

وجزم به فى الوجيز ، ومنتخب الأدمى ، والمنور .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى القاعدة الرابعة بعد المائة : والمنصوص فى رواية أبى الحارث : أنه لايلزمه الطلاق . وهو قول القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرين . انتهى .

والوجه الثانى : يقع . جزم به فى المذهب . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب .

وقال فى الانتصار ، وعيون المسائل ، والمفردات : من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف . ويقع طلاقه .

فائدة : لو قاله العجمى : وقع ما نواه . فإن زاد « بسيار » بأن قال « أنت بهشتم بسيار » طلقت ثلاثا .

وقدمه فى الفروع . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم : يقع مانواه .

وجزم به فى الرعايتين .

ونقله ابن منصور ، وقال : كل شىء بالفارسية : على مانواه . لأنه ليس له حد ، مثل كلام عربى .

قوله ﴿ وَالْكِنَايَاتُ نوْعَانِ : ظَاهِرَةٌ ، وَهِىَ سَبْعَةٌ : أَنْتِ خَلِيَّةٌ ، وَبَرِيَّةٌ ، وَبَائِنٌ ، وَبَتَّةٌ ، وَبَتْلَةٌ . وأَنْتِ حُرَّةٌ ، وَأَنْتِ الْحَرَجُ ﴾ .

هذا المذهب ، أعنى أنها السبعة .

وكذا « أعتقتك » وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل « أبنتك » كـ « أنت بائن » وهو ظاهر كلامه فى المستوعب .

فإنه قال : فإن قيل « أبنتك » مثل « بائن » ويحتمل « أظهرتك » كما يحتمل « خلية » من حيزه .

قلنا : قد وجد فى بعض الألفاظ « أبنتك » ولأنه أظهر فى الإبانة من « خلية » فاستوى تصريفه .

ولأننا قد بيَّنا أن فى « أطلقتك » وجهين ، للمعنيين المختلفين . فإن وجد مثله : جوزناه . انتهى .

وجعل أبو بكر « لا حاجة لى فيك » و « باب الدار لك مفتوح » كـ « أنت بائن » .

وجعل الشريف أبو جعفر « أنت مخلاة » كـ « أنت خلية » .

وفرق بينهما ابن عقيل ، فقال : لأن الرجعية يقع عليها اسم « مخلاة » بطلقة . ويحسن أن يقال للزوج « خَلِّها بطلقة » .

وأيضاً : فإن « الخلية » هى الخالية من زوج . و « الرجعية » ليست خالية . انتهى .

وقال فى المستوعب ، فإن قيل « مخلاة » و « خليتك » و « خلية » بمعنى واحد ، فلِمَ ألحقتموها بالخفية ؟

قلنا : قد كان القياس يقتضى ذلك ، مثل « مطلقة » و « طلقتك » و « طالق » ولكن تركناه للتوقيف الذى تقدم ذكره . ولم نجدهم ذكروا إلا « خلية » انتهى

وقال ابن عقيل فى الكنايات الظاهرة « أنت طالق لا رجعة لى عليك » .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : هى صريحة فى طلقة ، كناية ظاهرة فيما زاد .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله ، وقال : هذه اللفظة صريحة فى الإيقاع ، كناية فى العدد . فهى مركبة من صريح وكناية . انتهى .

قلت : فيعايى بها .

وعنه : تقع بها طلقة بائنة .

وعنه : أن قوله « أنت حرة » ليست من الكنايات الظاهرة . بل من الخفية

قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الخرقي . وأطلقهما في المستوعب .

وعنه : أن « أعتقتك » ليست من الكنايات الظاهرة .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم .

قوله ﴿ وَخَفِيَّةٌ ، نحو : اخرُجِي ، وَاذْهَبِي ، وَذُوقِي ، وَتجَرَّعِي ، وَخَلَّيْتُكِ ، وَأَنْتِ مُخَلاَّة ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ ، وَلَسْتِ لِي بِامْرَأَةٍ ، وَاعْتَدِّي وَاسْتَبْرِئِي ، وَاعْتَزِلِي . وَمَا أَشْبَهُهُ ﴾ .

كـ « لا حاجة لي فيك » و « ما بقي شيء » و « أغناك الله » و « الله قد أراحك مني » و « جرى القلم » ونحوه .

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وتقدم اختيار أبي جعفر : في « أنت مخلاة » .

وعنه : أن « اعتدي » و « استبرئي » ليستا من الكنايات الخفية .

وقال ابن عقيل : إذا قالت له « طلقني » فقال « إن الله قد طلقك » هذا كناية خفية ، أسندت إلى دلالتي الحال ، وهي ذكر الطلاق ، وسؤالها إياه .

وقال ابن القيم : الصواب أنه إن نوى : وقع الطلاق ، وإلا لم يقع . لأن قوله « الله قد طلقك » إن أراد به شرع طلاقك ، وأباحه : لم يقع . وإن أراد أن الله أوقع عليك الطلاق ، وأراده وشاءه : فهذا يكون طلاقا . فإذا احتمل الأمرين لم يقع إلا بالنية . انتهى .

ونقل أبو داود : إذا قال « فرق الله بيني وبينك في الدنيا والآخرة » قال : إن كان يريد أنه دعاء يدعو به . فأرجو أنه ليس بشيء .

فلم يجعله شيئاً مع نية الدعاء .

قال فى الفروع : فظاهره : أنه شىء مع نية الطلاق ، أو الإطلاق ، بناء على أن الفراق صريح ، أو للقرينة .

قال : ويوافق هذا ماقاله شيخنا ـ يعنى : به الشيخ تقى الدين ـ فى « إن أبرأتينى فأنت طالق » فقالت « أبرأك الله مما تدعى النساء على الرجال » فظن أنه يبرأ ، فطلق . فقال : يبرأ .

فهذه المسائل الثلاث : الحكم فيها سواء .

وظهر أن فى كل مسألة قولين . هل يعمل بالإطلاق للقرينة ، وهى تدل على النية . أم تعتبر النية ؟

ونظير ذلك : « إن الله قد باعك » أو « قد أقالك » ونحو ذلك . انتهى .

قوله ﴿ وَاخْتُلِفَ فِي قَوْلِهِ : اُلْحَقِي بِأَهْلِكِ ، وَحَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ ، وَتَزَوَّجِي مَنْ شِئْتِ ، وَحَلَلْتِ لِلْأَزْوَاجِ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ . وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكِ . هَلْ هِيَ ظَاهِرَةٌ ، أَوْ خَفِيَّةٌ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى .

وأطلقهما ـ فى الخمسة الأخيرة ـ فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع .

وأما « اُلْحَقِى بأهلك » فالصحيح من المذهب : أنها من الكنايات الخفية . صححه المصنف ، والشارح .

قال فى الفروع : خفية على الأصح .

وهو ظاهر كلامه فى العمدة . فإنه لم يذكرها فى الظاهرة .

وهو ظاهر كلامه فى المنور ، ومنتخب الأدمى البغدادى .

وقيل : هى كناية ظاهرة . وعليه أكثر الأصحاب .

وهو ظاهر ما جزم به الخرقى .

وقطع به فى الجامع الصغير ، والمبهج ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية ، وتذكرة ابن عبدوس .

قال الزركشى : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . والمختار لأكثر الأصحاب .

وقدمه فى الرعايتين ، والزبدة . وصححه فى تصحيح المحرر .

وأما الخمسة الباقية ، فإحدى الروايتين : أنها من الكنايات الظاهرة .

صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والزبدة ، وشرح ابن رزين

والرواية الثانية : هى خفية . وجزم به فى المنور .

وهو ظاهر ماجزم به فى منتخب الأدمى . وقدمه فى إدراك الغاية .

واختار ابن عبدوس فى تذكرته : أن « حبلك على غاربك » و « تزوجى من شئت » و « حللت للأزواج » من الكنايات الظاهرة . وأن قوله « لا سبيل لى عليك » و « لا سلطان لى عليك » خفية .

فائدة : وكذا الحكم ـ خلافا ومذهبا ـ فى قوله «غَطِّ شعرك» و «تقنعى» وفى « الفراق ، والسراح » وجهان .

وأطلقهما فى الفروع . يعنى : على القول بأنهما ليسا من الصرائح .

أحدهما : هما من الكنايات الظاهرة . جزم به الزركشى .

والثانى : هما من الكنايات الخفية وجزم به فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَمِنْ شَرْطِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ : أَنْ يَنْوِىَ بِهَا الطَّلَاقَ ﴾ .

الصحيح من المذهب ، ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله : أن من شرط وقوع الطلاق بالكنايات : أن ينوى بها الطلاق ، إلا ما استثنى ، على مايأتى بعد ذلك قريباً .

قال الزركشى : هـذا قول جمهور الأصحاب ـ القـاضى ، وأصحابه ، والشيخين ، وغيرهم ـ ونص عليه . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع الطلاق بالظاهرة من غير نية . اختاره أبو بكر .

وذكر القاضى : أنه ظاهر كلام الخرقى .

قال فى الرعاية : وفى هذه الرواية بعد .

فعلى المذهب : يشترط أن تكون النية مقارنة للفظ على الصحيح .

قدمه فى الفروع ، فقال : ولا يقع بكناية إلا بنية مقارنة للفظ .

وقاله المصنف ، والشارح ، وصاحب المنور .

وقيل : يشترط أن يقارن أول اللفظ .

قال فى تجريد العناية : ومن شرطها : مقارنة أول اللفظ فى الأصح .

وجزم به الأدمى البغدادى فى منتخبه .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى الرعايتين : ولا يقع بكناية طلاق إلا بنية قبله ، أو مع أول اللفظ ، أو جزء غيره .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يأْتِىَ بِهِ فِى حَالِ الْخُصُومَةِ وَالْغَضَبِ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : يقع وإن لم يأت بالنية . وهو المذهب . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال الزركشي : طلقت على المشهور والمختار لكثير من الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

والرواية الثانية : لايقع إلا بالنية . صححه فى التصحيح .

قال فى الخلاصة : لم يقع فى الأصح . وجزم به أبو الفرج ، وغيره .

وهو ظاهر ماجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى .

وقدمه فى المحرر ، والحاوى الصغير .

وقال الشارح : ويحتمل أن ما كان من الكنايات لايستعمل فى غير الفرقة إلا نادراً . نحو قوله « أنت حرة لوجه الله » أو « اعتدى » أو « استبرئى رحمك » أو « حبلك على غاربك » أو « أنت بائن » وأشباه ذلك : أنه يقع فى حال الغضب . وجواب السؤال من غير نية ، وما كثر استعماله لغير ذلك ، نحو « اخرجى » و « اذهبى » و « روحى » و « تقنعى » لايقع الطلاق به إلا بنية . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءَتْ جَوَابًا لِسُؤَالِهَا الطَّلَاقَ . فقال أصحابُنَا : يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ ﴾ .

وهو المذهب مطلقا . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لايقع إلا بنية .

واختار المصنف : الفرق ، فقال : والأولى فى الألفاظ التى يكثر استعمالها لغير الطلاق ، نحو « اخرجى » و « اذهبى » و « روحى » أنه لايقع بها طلاق حتى ينويه . ومال إليه الشارح .

فائدة : لو ادعى أنه ماأراد الطلاق ، أو أراد غيره : دُيِّنَ ، ولم يقبل فى الحكم مع سؤالها ، أو خصومة وغضب . على أصح الروايتين . قاله فى الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ وَمَتَى نَوَى بِالْكِنَايَاتِ الطَّلَاقَ : وَقَعَ بِالظَّاهِرَةِ ثَلَاثٌ ، وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً ﴾ .

وهذا المذهب بلا ريب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

واختاره ابن أبى موسى ، والقاضى ، وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله ، والمختار لأكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى الخلاصة ، والمستوعب ، والرعايتين ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : يقع مانواه . اختاره أبو الخطاب فى الهداية .

وجزم به فى العمدة . والمنور . وقدمه فى المحرر ، والحاوى الصغير . فيدين فيه .

فعليها : إن لم ينو شيئاً : وقع واحدة . وفى قبوله فى الحكم روايتان .

وأطلقهما فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والنظم .

قلت : الصواب أنه يقبل فى الحكم . ويكون رجعياً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

﴿ وعنه : مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ﴾ .

وهن أوجه مطلقة فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

وتقدم رواية ـ اختارها أبو بكر ـ : أنه لا تشترط النية فى وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة .

فوائد

الأولى : وكذلك الروايات الثلاث فى قوله « أنت طالق بائن » أو « طالق ألبتة » أو « أنت طالق بلا رجعة » قاله فى المحرر ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وتقدم الكلام أيضاً على قوله « أنت طالق بلارجعة » فى الكنايات الظاهرة .

الثانية : لو قال « أنت طالق واحدة بائنة » أو « واحدة بَتَّةً » وقع رجعياً . على الصحيح من المذهب .

قدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع طلقة بائنة . وعنه : يقع ثلاثاً .

وقدم فى الرعايتين : أنه إذا قال « أنت طالق طلقة بائنة » أنها تقع .

ثم قال : وعنه رجعية .

الثالثة : لو قال « أنت طالق واحـدة ثلاثاً » وقع ثلاث . على الصحيح من المذهب .

وقال فى الفصول عن أبى بكر فى قوله « أنت طالق ثلاثاً واحدة » يقع واحدة . لأنه وصف الواحدة بالثلاث .

قال فى الفروع : وليس بصحيح . لأنه إنما وصف الثلاث بالواحدة . فوقعت الثلاث ، ولغا الوصف . وهو أصح .

الرابعة : كره الإمام أحمد رحمه الله : أن يفتى فى الكنايات الظاهرة ، وتوقف . و إنما توقف لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى ذلك .

قوله ﴿ وَيَقَعُ بِالْخَفِيَّةِ مَانَوَاهُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والمنور ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الزركشى : لانزاع عندهم أن الخفية يقع بها مانواه . وليس كما قال .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والنظم ، وغيرهم .

وقال الناظم : ❊ وتطليقة رجعية فى المجرد ❊

واستثنى القاضى ، والمصنف ، والشارح قوله « أنت واحدة » فإنه لايقع بها إلا واحدة . وإن نوى ثلاثا .

وعند ابن أبى موسى : يقع بالخفية ثلاثا ، وإن نوى واحدة .

ذكره عنه فى الهداية ، والمستوعب .

تنبيه : قوله ﴿ فإِنْ لَمْ يَنْوِ عَدَدًا : وَقَعَ وَاحِدَةٌ ﴾ .

يعنى : رجعية ، إن كان مدخولا بها . وإلا بائنة .

قوله ﴿ فَأَمَّا مَا لَا يَدُلُّ عَلَى الطَّلَاقِ ، نَحْوَ « كُلِي » وَ « اشْرَبِي » وَ « اقْعُدِي » وَ « اقْرُبِي » وَ « بَارَكَ اللهُ عَلَيْكِ » وَ « أَنْتِ مَلِيحَةٌ » أَوْ « قَبِيحَةٌ » فَلَا يَقَعُ بِهَا طَلَاقٌ ، وَإِنْ نَوَاهُ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : هو كناية فى « كلى » و « اشربى » .

وتقدم : إذا قال لها « لست لى بامرأة » أو « ليست لى امرأة » عند قوله « ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا » .

قوله ﴿ وَكَذَا قَوْلُهُ : أَنَا طَالِقٌ ﴾ .

يعنى : لا يقع به طلاق . وإن نواه .

﴿ فَإِنْ زَادَ ، فَقَالَ « أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ » فَكَذَلِكَ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

واختاره ابن حامد ، وغيره .

ويحتمل أنه كناية . وهو لأبى الخطاب .

قال فى الرعاية — عن هذا الاحتمال — فيقع إذاً .

ثم قال : قلت : إن نوى إيقاعه وقع ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ » أو « حَرَامٌ » فَهَلْ هُوَ كِنَايَةٌ أَوْلَا ؟ على وَجْهَيْنِ ﴾ .

﴿ و ﴾ كذا قوله ﴿ أَنَا مِنكِ بَرِىءٌ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين .

أحدهما : هو لغو . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية . فى قوله « أنا منك برىء » .

والوجه الثانى : هو كناية . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، فى الجميع . وقدمه فى الكبرى ، والحاوى الصغير ، فى الأولتين .

وأصل الخلاف فى ذلك : أن الإمام أحمد رحمه الله : سئل عن ذلك ، فتوقف .

فائدة : لو أسقط لفظ « منك » فقال « أنا بَائِنٌ » أَوْ « حَرَامٌ » فخرج المصنف والشارح ـ من كلام القاضى ـ فيها وجهين : هل هما كناية ، أو لغو ؟ .

قال فى الفروع : وكذا مع حذفه « منك » بالنية فى احتمال . ذكره فى الانتصار . انتهى .

قلت : ظاهر كلام الأصحاب : أنه لغو .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنْتِ عَلَىَّ حَرَامٌ » أَوْ « مَا أَحَلَّ اللهُ عَلَىَّ حَرَامٌ » فَفِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ﴾ .

وكذا قوله ﴿ الْحِلُّ عَلَىَّ حَرَام ﴾ .

إحداهن : أَنَّهُ ظِهَارٌ . وهو المذهب فى الجملة .

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب : هذا المشهور فى المذهب . وقطع به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى البغدادى وغيرهم .

وصححه فى النظم ، وغيره .

وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

والرواية الثانية : هو كناية ظاهرة .

حتى نقل حنبل ، والأثرم « الحرام » ثلاث . حتى لو وجدتُ رجلاً حرم امرأته عليه ، وهو يرى أنها واحدة : فرقتُ بينهما .

قال فى الفروع : مع أن أكثر الروايات كراهة الفتيا بالكنايات الظاهرة .

قال فى المستوعب : لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، كما تقدم .

قال الزركشى : الرواية الثانية : أنه ظاهر فى الظهار . فعند الإطلاق ينصرف إليها . وإن نوى يمينا ، أو طلاقاً : انصرف إليه ، لاحتماله لذلك . انتهى .

والرواية الثالثة : هو يمين .

قال الزركشى ، الثالثة : أنه ظاهر فى اليمين . فعند الإطلاق ينصرف إليه وإن نوى الطلاق ، أو الظهار : انصرف إلى ذلك . انتهى .

وأطلقهن فى الكافى .

وعنه : رواية رابعة : أنه كناية خفية .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ إحْدَاهُنَّ : أَنَّهُ ظِهَارٌ ، وَإِنْ نَوَى الطَّلاَقَ ﴾ .

هذا الأشهر فى المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم : هذا المشهور فى المذهب .

وقطع به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، ومنتخب الأدمى البغدادى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

وعنه : يقع مانواه . وجزم به فى المنور .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والفروع .

ويأتى أيضاً فى كلام المصنف « إذا قال : أنت علىّ حرام » فى باب الظهار .

فائدتان

إحداهما : لو قال لها « أنت علىّ حرام » ونوى : فى حرمتك على غيرى ، فكطلاق .

قاله فى الترغيب ، وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

الثانية : لو قال « علىّ الحرام » أو « يلزمنى الحرام » أو « الحرام يلزمنى » فهو لغو ، لاشى فيه مع الإطلاق . وفيه ـ مع قرينة أو نية ـ وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قلت : الصواب أنه ـ مع النية أو القرينة ـ كقوله « أنت علىّ حرام » .

ثم وجدت ابن رزين فى شرحه قدمه .

وقال فى الفروع : ويتوجه الوجهان إن نوى به طلاقا ، وأن العُرف قرينة . ذكره فى أول باب الظهار .

قلت : الصواب أنه ـ مع النية أو القرينة ـ كقوله « أنت علىّ حرام » .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « مَا أَحَلَّ اللهُ عَلَىَّ حَرَامٌ ، أَعْنِى بِهِ الطَّلَاقَ » . فقال الإمام أحمد رحمه الله : تَطْلُقُ امْرَأَتُهُ ثَلَاثًا . وَعَنْهُ : أَنَّهُ ظِهَارٌ ﴾ .

الصحيح من المذهب : أن ذلك طلاق . وعليه عامة الأصحاب .

قال فى الفروع : والمذهب أنه طلاق بالإنشاء . وعنه : أنه ظهار .

فعلى المذهب : قطع المصنف هنا بما قال الإمام أحمد رحمه الله : أنها تطلق ثلاثا مطلقا ، وهو إحدى الروايتين .

وقدمه فى الهداية ، والخلاصة ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين . وقال : إن حرمت الرجعية . وقاله ابن عقيل . ذكره عنه فى المستوعب .

والرواية الثانية : أنها تطلق واحدة ، إن لم ينو أكثر .

جزم به فى الوجيز ، والمنور .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والحاوى ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَعْنِي بِهِ طَلَاقًا » طَلُقَتْ وَاحِدَة ﴾ هذا المذهب.

قال فى الفروع : والمذهب أنه طلاق بالإنشاء .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : أنَّهُ ظِهَار .

فائدتان

إحداهما : لو قال « أنت علىّ حرام . أعنى به الطلاق » ـ وقلنا : الحرام صريح فى الظهار ـ فقال فى القاعدة الثانية والثلاثين : فهل يلغو تفسيره ، ويكون ظهاراً . أو يصح ، ويكون طلاقا ؟ على روايتين . انتهى .

قلت : الذى يظهر أنه طلاق ، قياساً على نظيرتها المتقدمة .

الثانية : لو قال « فراشى علىّ حرام » فإن نوى امرأته : فظهار . وإن نوى فراشه : فيمين .

نقله ابن هانىء . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « أَنْتَ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ » وَقَعَ مَانَوَاهُ مِنَ الطَّلَاقِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : يقع مانواه ، سوى الظهار . جزم به فى عيون المسائل .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم : وإن نوى به الظهار : احتمل أن يكون ظهاراً ، كما قلنا فى قوله « أنت علىّ حرام » .

واحتمل أن لا يكون ظهاراً ، كما لو قال « أنت علىّ كظهر البهيمة » أو « كظهر أبى » انتهيا .

فائدة : لو نوى الطلاق ، ولم ينو عدداً : وقعت واحدة .

قطع به المصنف فى المغنى ، والشارح . وقالا : لأنه من الكنايات الخفية .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا . فَهَلْ يَكُونُ ظِهَارًا ، أَوْ يَمِينًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب والمغنى ، والشرح ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

أحدهما : يكون ظهاراً . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى الرعايتين : هذه أشهر .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع .

والثانى : يكون يميناً . قدمه فى الرعايتين ، والخلاصة .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ « حَلَفْتُ بالطَّلَاقِ » وَكَذَبَ : لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ فِي الْحُكْمِ ﴾ هذا المذهب .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والفروع : لزمه حكما . على الأصح .

وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وغيرهما .

وعنه : لا يلزمه إقراره فى الحكم .

ويأتى نظير ذلك فى « كتاب الأيمان » قبيل حكم الكفارة .

قوله ﴿ وَلاَ يَلْزَمُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة والوجيز .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يلزمه . اختاره أبو بكر .

وأطلقهما فى المستوعب . وهما وجهان فى الإرشاد .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ « أَمْرُكِ بِيَدِكِ » فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ثَلاثًا . وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً ﴾ .

هذا المذهب . لأنه كناية ظاهرة . وأفتى به الإمام أحمد رحمه الله مراراً .

وجزم به ابن عقيل فى تذكرته ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وناظم المفردات ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشي : هذا المذهب عند الأصحاب .

وهو من مفردات المذهب .

وعنه : ليس لها أن تطلق أكثر من واحدة ، مالم ينو أكثر . قاله في الهداية والمذهب ، ومسبوك الذهب .

وقطع به صاحب التبصرة . وأطلقهما في المحرر .

قوله ﴿ وَهوَ فِي يَدِهاَ ، ماَ لَمْ يَفسَخْ أَوْ يَطَأْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله . وعليه الأصحاب .

وجزم به في الكافي ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، ونظم المفردات ، وغيرهم .

وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وخرج أبو الخطاب : أنه مقيد بالمجلس . كما يأتي في كلام المصنف قريباً .

قوله ﴿ وَإِن قَالَ لَهاَ « اخْتَارِي نَفْسَكِ » لَمْ يَكُنْ لهاَ أَنْ تُطَلِّقَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إلاَّ أن يجْعَل إليْهاَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه في « اختاري » غير مكرر : يقع ثلاثا .

وعنه : إن خيرها . فقالت « طلقت نفسي » تطلق ثلاثا .

فائدة : لو كرر لفظ الخيار . بأن قال « اختاري ، اختاري ، اختاري » فإن نوى إفهامها ، وليس نيته ثلاثاً : فواحدة . قاله الإمام أحمد رحمه الله .

وإن أراد ثلاثاً : فثلاث . قاله الإمام أحمد أيضاً رحمه الله .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وإن أطلق فواحدة . اختاره القاضى .

وعنه : ثلاثاً . ذكره المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ إلاَّ مَادَامَتْ فِي الْمَجْلِسِ ، وَلَمْ يَتَشَاغَلاَ بِمَا يَقْطَعُهُ ، إلاَّ أَنْ يَجْعَلَهُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

قال الزركشى : هذا اختيار القاضى ، والأكثرين .

وعنه : أنه على الفور . جوابا لكليهما . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقيل : هو على التراخى . ذكره فى الرعاية . وهو تخريج لأبى الخطاب .

ويأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ جَعَلَ لَهَا الْخِيَارَ الْيَوْمَ كُلَّهُ ، أَوْ جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا ، فَرَدَّتْهُ ، أَوْ رَجَعَ فِيهِ ، أَوْ وَطِئَهَا : بَطَلَ خِيَارُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وهو كما قال . وعليه الأصحاب .

وخرج أبو الخطاب فى كل مسألة وجهاً . مثل حكم الأخرى .

يعنى : من حيث التراخى والفورية . لامن حيث العدد .

مع أن كلام أبى الخطاب يحتمل أن يكون فى العدد أيضاً . قال معناه ابن منجا فى شرحه .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله : على التفرقة بينهما . فلا يتجه التخريج .

وقيل : الوطء لايبطل خيارها . ذكره فى الرعاية .

قوله ﴿ وَلَفْظَةُ « الْأَمْرِ » وَ« الْخِيَارِ » كِنَايَةٌ فِي حَقِّ الزَّوْجِ ، يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ ﴾ .

لفظ « الأمر » من الكنايات الظاهرة . ولفظة « الخيار » من الكنايات الخفية . يفتقر إلى نية ، وكونه بعد سؤالها الطلاق ونحوه .

وقد تقدم الخلاف فى قدر مايقع بكل واحدة منهما .

وتقدم رواية اختارها أبو بكر : أن الكنايات الظاهرة لا يحتاج الوقوع فيها إلى نية .

فكذا لفظة الأمر هنا .

قوله ﴿ فَإِنْ قَبِلَتْهُ بِلَفْظِ الْكِنَايَةِ . نَحْو « اخْتَرْتُ نَفْسِى » افْتَقَرَ إِلَى نِيَّتِهَا أَيْضًا ﴾ .

فإن قبلته بلفظ الصريح ، بأن قالت ﴿ طَلَّقْتُ نَفْسِي : وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ﴾ .

لو جعل ذلك لها بلفظ الكناية ، كقوله لها « اختارى نفسك » أو « أمرك بيدك » فهو توكيل منه لها . فإن أوقعته بالصريح ، كقولها « طلقت نفسى » فجزم المصنف هنا بالوقوع . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقطع به كثير منهم ، منهم : المصنف ، والمغنى ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم .

وتقدم قريباً رواية : أنه لو خيرها . فقالت « طلقت نفسى ثلاثا » أنها تطلق ثلاثا .

وحكى فى الترغيب فى الوقوع وجهين ، فيما إذا أتى الزوج بالكناية . وأوقعت هى بالصريح ، كعكسها على ما يأتى فى كلام المصنف بعد هذا .

فوائد

إحداها : يقع الطلاق بإيقاع الوكيل بصريح أو كناية بنية .

وفي وقوعه بكناية بنية ممن وكل فيه بصريح : وجهان .

وأطلقهما في الفروع . وكذا عكسه في الترغيب . وتبعه في الفروع .

وأطلقهما ـ في الأولى ـ في الرعايتين ، والحاوي .

قلت : الصواب الوقوع كالمرأة .

الثانية : تقدم أنه هل تقبل دعوى الموكل بأنه رجع قبل إيقاع وكيله ، أم لا ؟ في كتاب الطلاق .

الثالثة : لا يقع الطلاق بقولها « اخترت » ولو نوت ، حتى تقول « نفسي » أو « أبوي » أو « الأزواج » .

ونقل ابن منصور . إن اختارت زوجها فواحدة . وإن اختارت نفسها فثلاثة .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي نِيَّتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي رُجُوعِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

لا أعلم في ذلك خلافاً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ « طَلِّقِي نَفْسِكِ » فَقَالَتْ « اخْتَرْتُ نَفْسِي » وَنَوَتِ الطَّلَاقَ : وَقَعَ ﴾ .

هذا المذهب . صححه في المغني ، والشرح . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

ويحتمل أن لا يقع . وهو لأبي الخطاب . ووجه اختاره بعض الأصحاب .

وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوي . وتقدم قريباً عكسها .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لَهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ﴾ .

إما بلفظه أو نيته . وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : تطلق ثلاثاً ، إن نواها هو ونوتها هى .

فوائد

الأولى : لو قال « لها طلقى نفسك ثلاثاً » طلقت ثلاثاً بنيتها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : تطلق ثلاثاً ، ولو لم تنوها .

وقيل : لا تطلق إلا واحدة . ولو نوت ثلاثاً .

الثانية : هل قوله « طلقى نفسك » مختص بالمجلس ، كقوله « اختارى نفسك ، أو على التراخى « كأمرك بيدك » ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

أحدهما : يكون على التراخى . وهو الصحيح . رجحه المصنف ، والكافى ، والمغنى . قال فى الرعايتين : وهو أولى .

والوجه الثاني : يختص بالمجلس . قدمه فى الرعايتين .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المنور .

الثالثة : قال فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، وغيرهم : لو قال ذلك لأجنبى ، كان ذلك على التراخى فى الجميع . يعنى فى « الأمر » و « الاختيار » و « الطلاق » .

وحكم الأجنبى إذا وكل حكمها فيما تقدم ـ خلافاً ومذهباً ـ إلا فى التراخى على ماتقدم .

وتقدمت أحكام توكيل الأجنبى والمرأة فى أواخر كتاب الطلاق . فليعاود .

الرابعة : تملك المرأة بقوله « طلاقك بيدك » أو « وكلتك فى الطلاق »

ماتملك بقوله لها « أمرك بيدك » فلا يقع بقولها « أنت طالق » أو « أنت منى طالق » أو « طلقتك » على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : يقع بالنية .

وقال فى الروضة : صفة طلاقها « طلقت نفسى » أو « أنا منكَ طالق » وإن قالت « أنا طالق » لم يقع .

قوله ﴿ وَإنْ قَالَ « وَهَبْتُكِ لأَهْلِكِ » فَإنْ قَبلُوهَا ، فَواحِدَةٌ ﴾ .

يعنى : رجعية . نص عليه ﴿ وَإنْ رَدَّهَا فَلاَ شَىْءَ ﴾ .

هذا المذهب . قال الزركشى : هذا المشهور فى المذهب .

قال المصنف ، والشارح : هذه المشهورة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز ، والمنور ، والمنتخب ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والبلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . وجزم به ناظمها .

﴿ وعنه : إنْ قَبِلُوهَا : فَثَلاَثٌ ، وَإنْ رَدُّوهَا : فَوَاحِدَةٌ ﴾ .

يعنى : رجعية . قدمه فى الخلاصة .

وعنه : إن قبلوها فثلاث ، وإن ردوها : فواحدة بائنة .

وعند القاضى : يقع مانواه .

فوائد

الأولى : تعتبر النية من الواهب والموهوب . ويقع أقلهما إذا اختلفا فى النية على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى البلغة : وبكل حال لابد من النية . لأنه كناية . فتقديره ، مع النية : أنت طالق ، إن رضى أهلك ، أو رضى فلان . انتهى .

وعنه : لا تعتبر النية فى الهبة . ذكره القاضى .

الثانية : لو باعها لغيره ، كان لغوا . على الصحيح من المذهب . نص عليه وجزم به الأكثر .

وقال فى الترغيب : فى كونه كناية كالهبة : وجهان .

الثالثة : لو نوى ـ بالهبة ، والأمر ، والخيار ـ الطلاق فى الحال : وقع . قاله الأصحاب .

الرابعة : من شرط وقوع الطلاق مطلقا : التلفظ به . فلو طلق فى قلبه : لم يقع بلا خلاف أعلمه .

نقل ابن هانىء : إذا طلق فى نفسه لايلزمه ، مالم يتلفظ به ، أو يحرك لسانه .

قال فى الفروع : وظاهره ولو لم يسمعه .

قال : ويتوجه كقراءة صلاة ، على ما تقدم فى « باب صفة الصلاة » عند قوله « ويُسِرُّ بالقراءة بقدر ما يسمع نفسه » .

الخامسة : قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ « وَهَبْتُكَ لِنَفْسِكَ » ﴾ .

قاله الأصحاب . وقال المصنف ، وابن حمدان وغيرهما : وكذا الحكم لو وهبها لأجنبى .

قال الزركشى : وقد ينازع فى ذلك . فإن الأجنبى لاحكم له عليها ، بخلاف نفسها أو أهلها . والله أعلم بالصواب .

آخر الجزء الثالث من تجزئة أربعة أجزاء ـ من كتاب « الإنصاف ، فى معرفة الراجح من الخلاف » .

والحمد لله رب العالمين . وصلواته على خير خلقه محمد خاتم النبيين والمرسلين . وعلى آله وصحبه أجمعين .

وكان الفراغ منه فى سادس شهر ربيع الآخر من شهور سنة ثلاث وسبعين وثمانمائة ، بصالحية دمشق المحروسة ، من نسخة المصنف أبقاه الله تعالى .

على يد العبد الفقير إلى الله تعالى ، الآمل فضله و إحسانه ، حسن بن على بن عبيد بن أحمد بن عبيد ، المرداوى ، المقـدسى الحنبلى ، السعدى ، عفا الله عنه بمنه وكرمه. آمين يارب العالمين .

يتلوه ـ فى الجزء الرابع ـ إن شاء الله تعالى « باب مايختلف به عدد الطلاق »

وكان الفراغ من طبع هذا « الجزء الثامن من الإنصاف » وتصحيحه وتحقيقه على هذه الصفة قدر الجهد والطاقة ـ بمطبعة السنة المحمدية ـ ولم آلُ ـ يعلم الله ـ جهداً ، ولم أدَّخر وسعاً ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . وكفى بالله شهيداً .

ويتلوه بمشيئة الله تعالى وحسن توفيقه ومعونته : الجزء التاسع ، وأوله « باب مايختلف به عدد الطلاق » .

وهو أول الجزء الرابع والأخير من تجزئة النسخة المخطوطة المحفوظة بمكتبة طلعت من فروع دار الكتب المصرية . وقد أعثرنا الله عليها بواسطة الأخ الكريم الحاج فؤاد السيد . جزاه الله خير الجزاء . وجزى كل من ساعده فى تصويرها .

وهى منقولة عن نسخة المؤلف ، وفى حياته ، فهى بهذا نسخة قيمة بلاشك .

والله المسئول وحده حسن الجزاء ، وخير المثوبة من عظيم فضله ، وواسع كرمه ، فإنه نعم المولى ونعم النصير .

وصلى الله وسلم و بارك على خير خلقه ، وخاتم رسله ، محمد وعلى آله أجمعين ، والله أرجو أن يجعلنا من آل هذا الرسول وحزبه المفلحين فى الدنيا والآخرة .

وكتبه الفقير إلى عفو الله ورحمته ومغفرته

محمد حامد الفقى

القاهرة فى { يوم الأربعاء ٢١ من ذى القعدة المحرم سنة ١٣٧٦هـ
الموافق ١٩ من شهر يونيه سنة ١٩٥٧م }

الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث من نسخة مكتبة طلعت المحفوظة بدار الكتب المصرية . وهى مكتوبة عن نسخة المؤلف ، وفى حياته .

وهى التى عثرنا عليها نتيجة بحث الأخ الحاج فؤاد السيد . أمين المخطوطات بالدار .

